

Gesellschafter und Gesellschaftsform im Unternehmensteuerrecht

- Überlegungen zur Rechtsformneutralität und Ertragsbesteuerung -

Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades
doctor iuris (Dr. iur.)

vorgelegt dem Fakultätsrat der Rechtswissenschaftlichen
Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena

von Michael Bartsch
geboren am 19. Oktober 1979
in Jena

© Michael Bartsch, 2009.

Gutachter:

1. Gutachter (Referent): Professor Dr. Anna Leisner-Egensperger, Jena
2. Gutachter (Koreferent): Professor Dr. Michael Brenner, Jena
3. Prüfer: Professor Dr. Dr. h.c. Eberhard Eichenhofer, Jena

Disputation: 9. Juni 2010

Inhaltsverzeichnis

1. Teil:	Einleitung	1
2. Teil:	Dualistische oder einheitliche Ertragsbesteuerung von Unternehmungen?.....	4
A.	Die rechtsgeschichtliche Entwicklung der derzeitigen Ertragsbesteuerung von Unternehmungen und Unternehmen	4
B.	Steuersubjekte im derzeitigen Ertragssteuerrecht – Rechtsformabhängigkeit der Unternehmensbesteuerung.....	7
C.	Der Dualismus der derzeitigen Unternehmensbesteuerung	9
I.	Besteuerung nach dem Transparenz- und Trennungsprinzip	9
II.	Entwicklung der Rechtsprechung zur einkommensteuerlichen Einordnung der Personengesellschaften	9
1.	Rechtsprechung des RFH und ältere Rechtsprechung des BFH	9
2.	Neuere Rechtsprechung des BFH.....	10
3.	Stellungnahme	11

III. Neue Reformmodelle zum Unternehmenssteuerrecht.....	13
1. Allgemeines.....	13
2. Mitschke: Erneuerung des deutschen Einkommensteuerrechts – Mit einer Grundsicherungsvariante.....	13
a) Das Reformmodell im Überblick.....	13
b) Bemerkungen.....	14
3. Kirchhof: Das Einkommensteuergesetzbuch (EStGB).....	16
a) Das Reformmodell im Überblick.....	16
b) Bemerkungen.....	16
4. Flat Tax oder Duale Einkommensteuer? – Gutachten des Wissenschaftlichen Beirates beim BMF	17
a) Die Reformvorschläge im Überblick.....	17
aa) Flat-Tax	18
bb) Duale Einkommensteuer	18
b) Bemerkungen.....	19
3. Teil: Ein eigenständiges Ertragssteuerrecht für Unternehmungen? – Und was sollte es leisten?	20
A. Ein eigenständiges Ertragssteuerrecht für Unternehmungen?	20
I. Unternehmen als Gegenstand eines (eigenständigen) Ertragssteuersystems?	20

II. Meinungen zu der Frage nach einem eigenständigen Ertrags- steuerrecht für Unternehmungen	23
III. Stellungnahme	25
1. Ergiebigkeit als Rechtfertigungskriterium?	25
2. Integrationstheorien versus Separationstheorie?	26
a) Separations- und Integrationstheorie und Gesetzestechnik	26
b) Integrationstheorie im Sinne einer "Teilhabersteuer" und das Realisationsprinzip	27
3. Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab eines eigenständigen Unternehmenssteuerrechts	29
a) Das Leistungsfähigkeitsprinzip und seine Bedeutung für das Steuerrecht	29
aa) Leistungsfähigkeitsprinzip – allgemein	29
bb) Leistungsfähigkeitsprinzip und Ertragsbesteuerung von Unternehmen	30
b) Haben Unternehmen eine eigene Leistungsfähigkeit?	31
aa) Haftungsbeschränkung und rechtliche Verselbständigung von Kapitalgesellschaften als untaugliches Differenzier- ungskriterium	32
(1) Haftungsbeschränkung der Kapitalgesellschaften	33
(2) Rechtliche Verselbständigung der Kapitalgesellschaften	33
(3) Theorie vom „wirtschaftlichen Eigentum“	35
bb) Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von mittelständischen Unternehmen	36
cc) Eigene wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von Personen- und Kapitalgesellschaften sowie sonstigen juristischen Personen	36

dd) Keine eigenständige wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von unternehmerischen oder selbständigen Betätigungen natürlicher Personen.....	39
4. Kein Rückgriff auf das Äquivalenzprinzip zur Rechtfertigung einer Unternehmensbesteuerung	40
IV. Zusammenfassung	42
B. Was sollte ein Ertragssteuerrecht für Unternehmungen leisten?	44
I. Rechtsformneutralität und Unternehmensbesteuerung	44
1. Rechtsformneutralität im Rahmen der Neutralitätspostulate	44
a) Die einzelnen Neutralitätspostulate	44
aa) Finanzierungsneutralität	45
bb) Allokations- bzw. Verwendungsneutralität	45
cc) Wettbewerbsneutralität	46
dd) Gemeinsamkeiten der Neutralitätspostulate	46
b) Wettbewerbsneutralität und Steuervergünstigungen	47
c) Stellungnahme	48
2. Bedeutung und verfassungsrechtlicher Ursprung der Rechtsformneutralität	49
a) Bedeutung.....	49
b) Verfassungsrechtlicher Ursprung.....	49
aa) Literatur	50
bb) BVerfG	51

c) Stellungnahme	53
aa) Vereinigungsfreiheit und rechtsformneutrale Unternehmensbesteuerung?	53
bb) Umsatzsteuerrechtliche Aspekte der „Schwarzwaldklinik“- Entscheidung des BVerfG und rechtsformneutrale Ertragsbesteuerung von Unternehmen?	54
cc) Rechtsformneutralität als Untergesichtspunkt einer gleichheitsrechtlich gerechten Ertragsbesteuerung unter Ankündigung an die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von Unternehmen	55
 II. Das Prinzip der eigentumsschonenden Besteuerung sowie der Grundsatz der Einmalbesteuerung und Unternehmensbesteuerung	58
 1. Prinzip der eigentumsschonenden Besteuerung	58
a) Die „Einheitswertbeschlüsse“ des BVerfG aus dem Jahr 1995 ...	58
b) Schlussfolgerungen der Literatur aus den „Einheitswertbeschlüssen“ des BVerfG im Hinblick auf die Unternehmensbesteuerung	59
c) Die Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2006 zum „Halbteilungsgrundsatz“ im Ertragsteuerrecht	59
 2. Grundsatz der Einmalbesteuerung	60
 3. Stellungnahme	61
 III. Zusammenfassung	63

4. Teil:	Untersuchung der praktischen Anforderungen an ein Ertragssteuerrecht für Unternehmungen	66
A.	Steuersubjekt im Unternehmenssteuerrecht.....	66
I.	Das Steuersubjekt im deutschen Ertragsteuerrecht.....	66
II.	Das Steuersubjekt in der US-amerikanischen Unternehmensbesteuerung.....	71
1.	Allgemein.....	71
a)	Personengesellschaften („partnerships“)	71
b)	Körperschaften („corporations“)	73
2.	S-Corporations	74
3.	„Check the box“- Regel.....	75
III.	Analyse	78
1.	Integration der Gesellschaften in die Ertragsbesteuerung natürlicher Personen?	78
2.	Optionsmodelle	79
3.	Einheitliches Steuersubjekt im Unternehmensteuerrecht	83
IV.	Zusammenfassung	88

B. Überlegungen zur Art und Weise der Kapitalaufbringung und deren Auswirkung im Rahmen der Unternehmensbesteuerung	90
I. Einführung – Möglichkeiten der Kapitalaufbringung für Unternehmen im deutschen und US-amerikanischen Recht	90
1. Möglichkeiten der Kapitalaufbringung im deutschen Recht	90
2. Möglichkeiten der Kapitalaufbringung im US-amerikanischen Recht ..	91
a) Der Begriff „stock“	91
b) Der Begriff „bond“	93
c) Derivate.....	94
aa) Definition des Begriffs „Derivat“	94
bb) Grundformen von Derivaten	95
(1) Nicht börsennotierte Forward- und Option-Verträge.....	96
(2) Börsennotierte Futures- und Options-Verträge.....	97
(3) Zins- bzw. Kurssicherungsgeschäfte am Beispiel eines Swaps	97
(4) Asset-backed Securities („[Grund-]Pfandrechtlich abgesicherte Wertpapiere“)	98
(5) Structured Notes und Hybrid Securities	99
(6) Synthetic Trust-Wertpapiere („synthetic trust securities“)	99
d) Erweiterte Anwendungsformen von Derivaten	100
II. Wirtschaftliche Wechselwirkungen zwischen Fremdkapital und Eigenkapital („Debt versus Equity“)	100

III. Fremd- und Eigenkapital im Ertragsteuerrecht – „Debt versus Equity“ (?)	103
1. Einleitung	103
2. Abgrenzung von Fremd- und Eigenkapital im Ertragsteuerrecht (?)..	104
a) Analyse	104
b) Stellungnahme	107
3. Unterkapitalisierung und Gesellschafter-Fremdfinanzierung	110
a) Einleitung	110
b) Wirtschaftliche Bedeutung der Fremdkapitalquote	113
c) Unterkapitalisierung („Thin Capitalization“) im US-amerika- nischen Steuerrecht	114
d) Analyse der Zinsschrankenregelungen des § 4h EStG	115
aa) Verfassungsrecht und Europarecht	116
bb) Im Einzelnen:	117
(1) „Betrieb“ im Sinne des § 4h EStG	117
(2) „Zins“-aufwendungen und -erträge im Sinne des § 4h EStG	121
(a) Sachwerte als „Vergütung“ i.S.v. § 4h III 2 EStG (?)	122
(b) Leasingverträge und „Zins“-ertrag bzw. -aufwand im Sinne der Zinsschrankenregelung des § 4h EStG	123
(c) Finanzinstrumente und die Zinsschranken- regelung des § 4h EStG	126
e) Stellungnahme	130
IV. Zusammenfassung	134

C. Ertragsteuerliche Behandlung von Einkünften aus der Beteiligung an Unternehmen.....	137
I. Einleitung	137
II. Behandlung von Gewinnausschüttungen aus der Beteiligung an einem Unternehmen im deutschen Ertragsteuerrecht	138
1. Das Halbeinkünfteverfahren	138
a) Bisherige Besteuerung der Gewinne von Körperschaften nach dem Anrechnungsverfahren	139
b) Das Halbeinkünfteverfahren.....	140
aa) Die Besteuerung auf der Ebene der Körperschaft	140
bb) Die Besteuerung auf der Ebene der Anteilseigner bzw. Gesellschafter	140
(1) Kapitalgesellschaften als Gesellschafter	141
(2) Natürliche Personen und Personengesellschaften als Gesellschafter	141
c) Kritik an dem Halbeinkünfteverfahren	141
2. Unternehmensteuerreform 2008: Die „Abgeltungssteuer“	143
a) Überblick über die Regelungen zur „Abgeltungssteuer“	143
b) Kritik an der sog. „Abgeltungssteuer“	146
III. Begriff der Gewinnausschüttung im US-amerikanischen Einkommensteuerrecht.....	150

IV.	Stellungnahme	152
1.	Eigenständige ertragsteuerrechtliche Dividenden-Definition	152
2.	„Constructive Dividends“ und verdeckte Gewinnausschüttungen.....	156
3.	Besteuerung von Gewinnausschüttungen von Unternehmen bei dem Anteilseigner	159
V.	Zusammenfassung	162
5. Teil:	Fazit	163
6. Teil:	Thesen	165

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
abl.	ablehnend
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
abw.	abweichend
abzgl.	abzüglich
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AfA	Absetzung für Abnutzung
AfS	Absetzung für Substanzverringerung
AG	Aktiengesellschaft
AK	Anschaffungskosten
AktG	Aktiengesetz
allg.	allgemein
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung 1977
Art.	Artikel
AStG	Außensteuergesetz
ausf.	ausführlich
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Begr.	Begründung
bes.	besonders
bestr.	bestritten
betr.	betrifft, betreffend
BewG	Bewertungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs

BFH/NV	Sammlung amtlich nicht veröffentlichter Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BMF	Bundesminister(-ium) der Finanzen
Bp	Betriebsprüfung
Bsp.	Beispiel(e)
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT-Drs.	Bundestag-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
Ch.	Chapter (Kapitel)
C.J.S.	Corpus Juris Secundum (US-amerikanische juristische Enzyklopädie)
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DBA	Doppelbesteuerungsabkommen
ders.	derselbe
dgl.	dergleichen
d.h.	das heißt
d.i.	das ist
dies.	dieselbe
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
Drucks.	Drucksache
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DStRE	Deutsches Steuerrecht Entscheidungsdienst
DStZ	Deutsche Steuer-Zeitung

d.V.	der Verfasser
EDV	elektronische Datenverarbeitung
e.G.	eingetragene Genossenschaft
EG	Europäische Gemeinschaft
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
endg.	endgültig
entspr.	entsprechend
EStDV	Einkommensteuerdurchführungsverordnung
EStG	Einkommensteuergesetz
EStR	Einkommensteuerrichtlinien
	Zitierweise:
	R 134 EStR (Richtlinienteil)
	H 134 EStR (Hinweisteil)
EU	Europäische Union
EuG	Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGHE	Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs
e.V.	eingetragener Verein
evtl.	eventuell
EZ	Erhebungszeitraum
f., ff.	folgend, fortfolgend
FA	Finanzamt
FG	Finanzgericht
FGO	Finanzgerichtsordnung
Fifo	First in - first out
FinVerw.	Finanzverwaltung
Fn.	Fußnote
FR	Finanzrundschau
FS	Festschrift
G	Gesetz
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
gem.	gemäß
GewStDV	Gewerbesteuerdurchführungsverordnung
GewStG	Gewerbsteuergesetz

GFW	Geschäfts- oder Firmenwert
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
gl. A.	gleiche Ansicht
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die GmbH
GoB	Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung/Bilanzierung
grds.	grundsätzlich
GrS	Großer Senat
grundl.	grundlegend
GS	Preußische Gesetzessammlung
GuV	Gewinn und Verlust
Halbbd.	Halbband
HGB	Handelsgesetzbuch
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg., hrsg.	Herausgeber, herausgegeben(e)
Hs.	Halbsatz
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.d.S.	in dem (diesem) Sinne
i.e.	im einzelnen
i.e.S.	im engeren Sinne
i.H.v.	in Höhe von
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
I.R.C.	Internal Revenue Code
i.S.	im Sinne
i.S.d.	im Sinne des/der
i.Ü.	im übrigen
i.V.	in Verbindung
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
Jb.	Jahrbuch
Jg.	Jahrgang

Jhdt.	Jahrhundert
Kfz	Kraftfahrzeug
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KÖSDI	Kölner Steuerdialog (Zeitschrift)
Kj	Kalenderjahr
KSt	Körperschaftsteuer
KStDV	Verordnung zur Durchführung des Körperschaftsteuergesetzes
KStG	Körperschaftsteuergesetz
KStR	Körperschaftsteuer-Richtlinie
lfd.	laufend
Lfg.	Lieferung
Lifo	Last in – first out
Lit.	Literatur
lt.	laut
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
m.N.	mit Nachweisen
m.R.	mit Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
m.W.v.	mit Wirkung vom
m.zahlr.N.	mit zahlreichen Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr./Nrn.	Nummer/Nummern
NV	Nicht-Veranlagung
o.ä.	oder ähnlich(es)
OFD	Oberfinanzdirektion
OHG	offene Handelsgesellschaft
p.a.	per annum
RAO.....	Reichsabgabenordnung
RFH	Reichsfinanzhof
RFHE	Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs
RGBl.	Reichsgesetzblatt

RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
s.	siehe
S.	Satz/Seite
Sec.	Section
sog.	sogenannt
str.	strittig
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
u.	und
u.a.	und andere, unter anderem
u.ä.	und ähnliche(s)
u.a.m.	und anderes mehr
UmwStG	Umwandlungssteuergesetz
usw.	und so weiter
v.	versus (gegen)
VA	Verwaltungsakt
Vfg.	Verfügung
vGA	verdeckte Gewinnausschüttung
vgl.	vergleiche
v.H.	von Hundert
VO	Verordnung
Vorb.	Vorbemerkung
VZ	Veranlagungszeitraum
Wj	Wirtschaftsjahr
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Zeitschrift)
zahlr.	zahlreiche(n)
z. Bsp.	zum Beispiel
zit.	zitiert
z.T.	zum Teil
zust.	zustimmend
zutr.	zutreffend
z.Z.	zur Zeit
zzgl.	zuzüglich

Schrifttumsverzeichnis

Altmeyden, Holger: Das neue Recht der Gesellschafterdarlehen in der Praxis, NJW 2008, S. 3601 ff.

Ammelung, Ulrich/Kaesler, Christian: § 8a KStG und Zeitpunkt des Drittvergleiches: Erkenntnisse für die Praxis aus dem BFH-Urteil vom 25.1.2005, DStR 2005, S. 818 ff.

Balmes, Frank: Rechtsformneutralität der Unternehmensbesteuerung, in: Pelka, Jürgen (Hrsg.), Unternehmenssteuerreform, 2001, S. 25 ff.

Barreis, Peter: Das Halbeinkünfteverfahren im Systemvergleich, StuW 2000, S. 133 ff.

Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred: GmbH-Gesetz Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 18. Auflage, 2006 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG)

Bayer, Walter: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 01.12.2008 (Az.: II ZR 102/07, (MPS), NJW 2009, 850 ff.), LMK 2009, 275577

Becker, Enno/Lion, Max: Ist es erwünscht, das Einkommen aus Gewerbebetrieb nach gleichmäßigen Grundsätzen zu besteuern, ohne Rücksicht auf die Rechtsform, in der das Gewerbe betrieben wird?, Referat zum 33. DJT, Berlin/Leipzig 1925, S. 433 ff. und 465 ff.

Belser, Karl-Heinz: Verfassungsrechtliche Zulässigkeit steuerlicher Wahlrechte, 1986

Bergemann, Achim: Unternehmenssteuerreform 2001: Schwerpunkte des Steuer-senkungsgesetzes, DStR 2000, S. 1410 ff.

Berger, Axel/Ellrot, Helmut/Förschle, Gerhart/Hense, Burkhard (Hrsg.): Beck'scher Bilanzkommentar, 5. Auflage, 2003 (zitiert: *Bearbeiter*, in: B/E/F/H, Beck'scher Bilanzkommentar)

Biber, Renate: Steuerermäßigung bei gewerblichen Einkünften – Aspekte des § 35 EStG, EStB 2009, S. 74 f.

Birk, Dieter: Das Leistungsfähigkeitsprinzip in der Unternehmensteuerreform, StuW 2000, S. 328 ff.

Birk, Dieter: „Besteuerung nach Wahl“ als verfassungsrechtliches Problem, NJW 1984, S. 1325 ff.

Birk, Dieter: Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab der Steuernormen, 1983 (zitiert: Birk, Leistungsfähigkeitsprinzip)

Bittker, Boris I./Eustice, James S.: Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders, 7. Auflage 2005-2007

Blumenberg, Jens/Benz, Sebastian: Die Unternehmensteuerreform 2008 – Erläuterungen und Gestaltungshinweise, 2007 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Blumenberg/Benz, Die Unternehmensteuerreform 2008)

Blümich: EStG-KStG-GewStG-Nebengesetze - Kommentar, Loseblatt, Stand: 101. Ergänzungslieferung, Oktober 2008 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Blümich, EStG/KStG)

Bundesministerium der Finanzen: Steuerreformkommission 1971, BMF-Schriftenreihe Heft 17, 1971 (zitiert: BMF, Steuerreformkommission 1971)

Byrd, Babara A./Conlon, Steven D./Howell, George C./MacDonald, Robert C./Poppewell, Thomas R./Whyburn, Kenneth (American Bar Association): Legislative Proposal to Expand the REMIC Provisions of the Code to Include Nonmortgage Assets, 46 Tax. L. Rev. 299

Conlon, Stevie D./Aquilino, Vincent M.: Principles of Financial Derivatives U.S. & International Taxation – Aktualisierung fortlaufend

Connors, Peter J./Woll, Glenn H.J.: Hybrid Instruments-Current Issues, 458 PLI/Tax 413 (1999)

Corpus Juris Secundum (C.J.S.) – Enzyklopädie zum U.S.-amerikanischen Recht (verschiedene Sachgebiete) – Aktualisierung: fortlaufend (zitiert: C.J.S.)

Crezelius, Georg: Steuerrecht, Bd. 2, 2. Auflage 1994

Döllerer, Georg: Die Steuerbilanz der Personenhandels-gesellschaft als konsolidierte Bilanz einer wirtschaftlichen Einheit, DStZ (A) 1974, S. 211 ff.

Drüen, Klaus-Dieter: Die Bruttobesteuerung von Einkommen als verfassungsrechtliches Vabanquespiel, StuW 2008, S. 3 ff.

Eckhoff, Rolf: Abgeltungsteuer – Steuersystematische und verfassungsrechtliche Aspekte, FR 2007, S. 989 ff.

Elicker, Michael: Entwurf einer proportionalen Netto-Einkommensteuer, 2004 (zitiert: Elicker, Proportionale Netto-Einkommensteuer)

Elschen, Rainer/Hüchtebrock, Michael: Steuerneutralität in Finanzwissenschaft und Betriebswirtschaftslehre – Diskrepanz und Konsequenzen, Finanz Archiv Bd. 41 (1983), S. 253 ff.

Engels/Stützel: Teilhabersteuer, 2. Auflage, 1968

Fletcher, William Meade: Fletcher Cyclopedia of the Law of Corporations, Letzte Aktualisierung: September 2008 (zitiert: Fletcher Cyc. Corp.)

Flume, Werner: Die Betriebsertragsteuer als Möglichkeit der Steuerreform, DB 1971, S. 692 ff.

Flume, Werner: Einige Gedanken zur Steuerreform, StbJb. 1971/1972, S. 31 ff.

Freeland, James J./Lathrope, Daniel J./Lind, Stephen A./Stephens, Richard B.: Fundamentals of Federal Income Taxation – Cases and Materials, 13. Auflage 2004 (zitiert: *Freeland/Lathrope/Lind/Stephens*, Fundamentals of Federal Income Taxation)

Freeman, Louis S./Stevens, Matthew A.: Tax Consequences of Business and Investment-Driven Uses of Financial Products, 458 PLI/Tax 9 (1999)

Führich, Gregor: Ist die geplante Zinsschranke europarechtskonform?, IStR 2007, S. 341 ff.

Fuisting, Bernhard: Grundzüge der Steuerlehre, 1902

Garner, Bryan A. (Hrsg.): Black's Law Dictionary, 8. Auflage 2004

Gosch, Dietmar: Vielerlei Gleichheiten – Das Steuerrecht im Spannungsfeld von bilateralen, supranationalen und verfassungsrechtlichen Anforderungen, DStR 2007, S. 1553 ff.

Greif, Martin: Körperschaftsteuerreform und Anrechnungsverfahren, 1976

Gschwendtner, Hubertus: Korrespondierende Bilanzierung bei Pensionszusagen einer Personengesellschaft – Zugleich eine Besprechung des BFH-Urteils vom 2. Dezember 1997 VIII R 15/96, DStZ 1998, S. 777 ff.

Günkel, Manfred: Ausgewählte Probleme zum Bilanzsteuerrecht, StbJb 2002/03, S. 275 ff.

Haller, Heinz: Die Steuern – Grundlinien eines rationalen Systems der öffentlichen Abgaben, 1981

Hahn, Hartmut: § 8a KStG und gemeinschaftsrechtlicher Erstattungsanspruch – Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des § 37 Abs. 2 AO im Kontext des Europarecht, DStZ 2003, S. 489 ff.

Hahn, Hartmut: Der Einfluß des Thomas von Aquin auf die Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, StuW 2004, S. 167 ff.

Hahne, Klaus D.: Neue Entwicklungen bei der Bilanzierung von Bewertungseinheiten in der Steuerbilanz – Zugleich Anmerkungen zum aktuellen Gesetzesvorschlag des Landes Hessen, DStR 2005, S. 843 ff.

Hallerbach, Dorothee: Problemfelder der neuen Zinsschrankenregelung des § 4h EStG, StuB 2007, S. 487 ff.

Häuser, Karl/Folkers, Cay/Pollak, Helga/Timm, Herbert (Hrsg.): Wandlungen der Besteuerung, 1987

Hay, Peter: Law of the United States, 2. Auflage, 2005

Hennrichs, Joachim/Lehmann, Ulrike: Rechtsformneutralität der Unternehmensbesteuerung – Kritische Anmerkungen zum Beschluss des BVerfG v. 21.6.2006 - 2 BvL 2/99, DStR 2006, 1316 = NJW 2006, 2757, StuW 2007, S. 16 ff.

Henssler, Martin/Mansel, Heinz-Peter: Die Limited Liability Partnership als Organisationsform anwaltlicher Berufsausübung, NJW 2007, S. 1393 ff.

Herrmann/Heuer/Raupach: Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz - Kommentar, 21. Auflage, Loseblatt, Stand: 210. Ergänzungslieferung, August 2003 (zitiert: *Bearbeiter*, in: H/H/R, EStG/KStG)

Herrmann/Heuer/Raupach, Jahresband 2008 – Kurzkomentar Unternehmensteuerreform 2008, 2008

Herzig, Norbert: Gesellschafter-Fremdfinanzierung von Kapitalgesellschaften – Bericht aus einer Arbeitsgruppe, StuW 1993, S. 237 ff,

Hey, Johanna: Besteuerung von Unternehmensgewinnen und Rechtsformneutralität, in: Ebling, Iris (Hrsg.), Besteuerung von Einkommen, 2001, S. 155 ff.

Hey, Johanna: Harmonisierung der Unternehmensbesteuerung in Europa, 1997

Hey, Johanna: Reform des Körperschaftsteuersystems, in: Pelka, Jürgen (Hrsg.), Unternehmenssteuerreform, DStJG-Sonderband 2001, S. 5 ff. (zitiert: Hey, Reform des Körperschaftsteuersystems)

Hey Johanna: Besteuerung von Unternehmensgewinnen und Rechtsformneutralität, in: Ebling, Iris (Hrsg.): Besteuerung von Einkommen, DStJG 24 (2001), S. 155 ff.

Hey, Johanna: Unternehmensteuerreform 2008 – Die Vorschläge der Kommission Steuergesetzbuch der Stiftung Marktwirtschaft für eine wettbewerbsfähige Unternehmensteuerstruktur, StuB 2006, S. 267 ff.

Hey, Johanna: Verletzung fundamentaler Besteuerungsprinzipien durch die Gegenfinanzierungsmaßnahmen des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008, BB 2007, S. 1303 ff.

Hey, Johanna: Verletzung fundamentaler Besteuerungsprinzipien durch die Gegenfinanzierungsmaßnahmen des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008, BB 2007, S. 1303 ff.

Homburg, Stefan: Die Steuerreformvorschläge der Stiftung Marktwirtschaft, BB 2005, S. 2382 ff.

Homburg, Stefan: Die Zinsschranke – eine beispiellose Steuerinnovation, FR 2007, S. 717 ff.

Hueck, Alfred/Canaris, Claus-Wilhelm: Recht der Wertpapiere, 12. Auflage, 1986

Hübschmann/Hepp/Spitaler: Kommentar zur Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung, Loseblatt, Stand: 201. Ergänzungslieferung, Dezember 2008 (zitiert: *Bearbeiter*, in: H/H/S, AO/FGO)

Intemann, Jens: Einbeziehung von Dividenden in die Abgeltungsteuer verfassungswidrig?, DB 2007, S. 1658 ff.

Jachmann, Monika: Grundthesen zu einer Verbesserung der Akzeptanz der Besteuerung, insbesondere durch Vereinfachung des Einkommensteuerrechts, StuW 1998, S. 193 ff.

Jachmann, Monika: Steuergesetzgebung zwischen Gleichheit und wirtschaftlicher Freiheit, 2000 (zitiert: Jachmann, Steuergesetzgebung)

Jachmann, Monika: Zur Vereinbarkeit einer Abgeltungssteuer mit dem deutschen Verfassungsrecht in: *Schick (Hrsg.)*: Veranlagung – Abgeltung – Steuerfreiheit, Besteuerung von Kapitalerträgen im Rechtsstaat, 2003, S. 15 ff.

Jakob, Wolfgang: Umsatzsteuer, 4. Auflage 2009

Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo: Grundgesetz, 5. Auflage, 2000 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Jarass/Pieroth, GG)

Kahn, Douglas A./Lehman, Jeffrey S.: Corporate Income Taxation, 5. Auflage 2001

Kaufmann, Jürgen F./Gebhardt, Christian: Systemwechsel in der Körperschaftsteuer – ein Beitrag zur Harmonisierung der Steuern in der Europäischen Union?, GmbHR 2000, S. 1034 ff.

Kindler, Peter: Grundzüge des neuen Kapitalgesellschaftsrechts – Das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), NJW 2008, S. 3249 ff.

Kirchhof, Paul (Hrsg.): EStG KompaktKommentar Einkommensteuergesetz, 5. Auflage 2005 (zitier: *Bearbeiter*, in: Kirchhof, EStG-Kompaktkommentar)

Kirchhof, Paul: Rückwirkung von Steuergesetzen, StuW 2000, S. 221 ff.

Kirchhof, Paul: Der Karlsruher Entwurf und seine Fortentwicklung zu einer vereinigten Ertragsteuer, StuW 2002, S. 3 ff.

Kirchhof, Paul: Die Unternehmensbesteuerung im Karlsruher Entwurf zur Reform des Einkommensteuergesetzes, StbJb 2002/03, S. 7 ff.

Kirchhof, Paul: Das EStGB – Ein Vorschlag zur Reform des Ertragsteuerrechts, DStR 2003, Beihefter 5 zu Heft 37/2003

Kirchhof, Paul: Einkommensteuer, Gesetzbuch, 2003

Kirchhof, Paul: Das EStGB – ein Vorschlag zur Reform des Ertragsteuerrechts, DStR 2003, Beihefter 5 zu Heft 37/2003

Klein, William A./Coffee, John C., Jr.: Business Organization and Finance – Legal and Economic Principles, 9. Auflage, 2004 (zitiert: *Klein/Coffee*, Business Organization and Finance)

Knobbe-Keuk, Brigitte : Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, 9. Auflage, 1993

Knobbe-Keuk, Brigitte: Möglichkeiten und Grenzen einer Unternehmensteuerreform, DB 1989, S. 1303 ff.

Knobbe-Keuk, Brigitte: Die Fremdfinanzierung inländischer Kapitalgesellschaften durch nichtanrechnungsfähige Anteilseigner – Kritik des § 8a KStÄndGE 1982, StuW 1982, S. 201 ff.

Knobbe-Keuk, Brigitte: Wieder einmal ein Entwurf zu § 8a KStG – Wiederauflage einer Regelung zur Gesellschafterfremdfinanzierung im Standortsicherungsgesetz, DB 1993, S. 60 ff.

Köhler, Stefan: Erste Gedanken zur Zinsschranke nach der Unternehmensteuerreform, DStR 2007, S. 597 ff.

Kommission zur Reform der Unternehmensbesteuerung: Brühler Empfehlungen zur Reform der Unternehmensbesteuerung, BMF-Schriftenreihe Heft 66, 1999 (zitiert: Brühler Empfehlungen)

Kropff, Bruno: Einlagenrückgewähr und Nachteilsausgleich im faktischen Konzern, NJW 2009, S. 814 ff.

Kube, Hanno: Grundfreiheiten und Ertragskompetenz – Die Besteuerung der grenzüberschreitenden Konzernfinanzierung nach dem Lankhorst-Urteil des EuGH, IStR 2003, S. 325 ff.

Kusterer, Stefan: Imparitätsprinzip in der Sonderbilanz des Mitunternehmers, DStR 1993, S. 1209 ff.

Lathrope, Daniel J.: Selected Federal Taxation – Statutes and Regulations 2004 Edition, 2003

Lang, Joachim: Die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer, Rechtssystematische Grundlagen steuerlicher Leistungsfähigkeit im deutschen Einkommensteuerrecht, 1981/88 (zitiert: *Lang*, Die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer)

Lang, Joachim: Reform der Unternehmensbesteuerung, StuW 1989, S. 3 ff.

Lang, Joachim: Reform der Unternehmensbesteuerung auf dem Weg zum europäischen Binnenmarkt und zur deutschen Einheit, StuW 1990, S. 107 ff.

Lang, Joachim: Unternehmensteuerreform im Staatenwettbewerb, BB 2006, S. 1769 ff.

Lange, Joachim: Personengesellschaften im Steuerrecht, 6. Auflage, 2005 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Lange, Personengesellschaften im Steuerrecht)

Leisner, Walter: Kein Anrechnungsverfahren für Steuerbefreite?, StuW 1984, S. 244 ff.

Lind, Stephen A./Schwarz, Stephen/Lathrope, Daniel J./Rosenberg, Joshua D.: Fundamentals of Corporate Taxation – Cases and Materials, 6. Auflage 2005 (zitiert: *Lind/Schwarz/Lathrope/Rosenberg*, Fundamentals of Corporate Taxation)

Lindwurm, Christof: Gewinnverteilung und Gewinnfeststellung bei der Kumulation von stillen Gesellschaftern – Ein Vergleich mit mehrgliedrigen stillen Gesellschaften unter Berücksichtigung von bewertungs- und gewerbsteuerlichen Konsequenzen, DStR 2000, S. 53 ff.

Loos, Gerold: Benachteiligung der Aktionäre/Gesellschafter mit Anteilen im Privatvermögen in der Unternehmensteuerreform, DB 2007, S. 704 ff.

Maiterth, Ralf/Semmler, Birk: Kritische Anmerkungen zur geplanten Substitution des körperschaftsteuerlichen Anrechnungssystems durch das so genannte „Halbeinkünfteverfahren“ im Zuge des Steuersenkungsgesetzes, BB 2000, S. 1377 ff.

Meichssner, Claus: Die Besteuerung der Kapitalgesellschaftsgewinne im internationalen Vergleich und Wege zu einer Verbesserung dieser Besteuerung, 1982 (zitiert: Meichssner, Besteuerung der Kapitalgesellschaftsgewinne)

Menck, Thomas: „Fremdfinanzierung“ als Mehrstaaten-Problem, IStR 1994, S. 569 ff.

Mitschke, Joachim: Erneuerung des deutschen Einkommensteuerrechts, 2004 (zitiert: Mitschke, Erneuerung dt. ESt-Recht)

Musil, Andreas/Volmering, Björn: Systematische, verfassungsrechtliche und europarechtliche Probleme der Zinsschranke, DB 2008, S. 12 ff.

Neyer, Wolfgang: Bankdarlehen mit Rückgriffsmöglichkeit: Steuerfalle für inländische Anteilseigner aus § 8a KStG n.F.?, DStR 2002, S. 342 ff.

OECD Tax Policy Studies: Taxation of Capital Gains of Individuals, 2006

Oho, Wolfgang/Hagen, Alexander/Lenz, Thomas: Zur geplanten Einführung einer Abgeltungsteuer im Rahmen der Unternehmensteuerreform 2008, DB 2007, S. 1322 ff.

Peaslee, James M./Nirenberg, David Z.: Distinguishing Sales from Financings and Debt from Equity, 849 PLI/Tax 661 (2008)

Pelka, Jürgen: Europa- und Verfassungsrechtliche Grenzen der Unternehmensbesteuerung, DStJG 23 (2000)

Pelka, Jürgen: Rechtsformneutralität im Steuerrecht – Verfassungsmäßigkeit der Steuersatzsenkung für Kapitalgesellschaften, StuW 2000, S. 389 ff.

Pezzer, Heinz-Jürgen: Die Entlastung ausgeschütteter Gewinne von der Körperschaftsteuer nach dem Körperschaftsteuergesetz 1977 (Anrechnungsverfahren), StuW 1976, S. 311 ff.

Pezzer, Heinz-Jürgen: Rechtfertigung der Körperschaftsteuer und ihre Entwicklung zu einer allgemeinen Unternehmensteuer, in: Lang (Hrsg.), Die Steuerrechtsordnung in der Diskussion – Festschrift für Klaus Tipke zum 70. Geburtstag, 1995 (zitiert: Pezzer, Rechtfertigung der Körperschaftsteuer, in: FS Tipke)

Pohmer, Dieter: Zur Abstimmung des Steuersystems auf die Wirtschaftsordnung, Finanz Archiv Bd. 15 (1955), S. 373 ff.

Polito, Anthony P.: Useful Fictions: Debt and Equity Classification in Corporate Tax Law, 30 Ariz. St. L.J. 761

Prinz, Ulrich: Finanzgerichtlich akzeptierter Drittvergleich bei Gesellschafterfremdfinanzierung (§ 8a KStG), FR 2004, S. 146 f.

Prinz, Ulrich/van Lishaut, Ingo: Sperrbetragsbelastete Anteile nach § 50c Abs. 11 EStG – Streitige Grundsatz- und Einzelfragen, FR 1998, S. 1105 ff.

Prinz, Ulrich/Hick, Christian: Der neue § 5 Abs. 1a EStG – Gelungene gesetzliche Verankerung der steuerbilanziellen Bildung von Bewertungseinheiten?, DStR 2006, S. 771 ff.

Rasenack, Christian: Die Theorie der Körperschaftsteuer, 1974

Raupach, Arndt: „Gemeinschaftsweiter Unternehmensbesteuerung, die den Anforderungen des Binnenmarktes gerecht wird“ – Flucht aus dem Chaos in eine Utopie? in: Flume, Werner/Schön, Wolfgang: Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, 1997, S. 675 ff. (zitiert: Raupach, in: Flume/Schön, Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk)

Reiß, Wolfram: Diskussionsbeitrag: Kritische Anmerkungen zu den Brühler Empfehlungen zur Reform der Unternehmensbesteuerung, DStR 1999, S. 2011 ff.

Rokoff, Gerald/Rosenfeld, Jacob D.: U.S. Earnings Stripping Rules In The International Context: Yesterday, Today and Tomorrow, 731 PLI/Tax 675 (2006)

Roser, Frank: Verlust- (und Zins-) Nutzung nach § 8c KStG, DStR 2008, S. 77 ff.

Ruppe, Hans-Georg: Die steuerliche Doppelbelastung der Körperschaftsteuergewinne, 1967

Sachs, Michael: Grundgesetz, 4. Auflage, 2007

Sarrazin, Viktor: Das körperschaftsteuerliche Anrechnungsverfahren – Bestandsaufnahme und Kritik, in: Widmann, Sigfried: Besteuerung der GmbH und ihrer Gesellschafter – Grundfragen des Körperschaftsteuerrechts, DStJG 20 (1997), S. 57 ff.

Schanz, G. v.: Die Steuern in der Schweiz, Band 1, 1890 (zitiert: Schanz, Die Steuern in der Schweiz I)

Schaumburg, Harald/Rödger, Thomas: Unternehmensteuerreform 2008, 2007 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schaumburg/Rödger, Unternehmensteuerreform 2008)

Schenk, Matthias/Brusch, Friedrich: Eine neue Kapitalsteuer für Deutschland, DStR 2005, S. 1254 ff.

Schipporeit Erhard: Ziele und Möglichkeiten einer Unternehmungsteuer, StuW 1980, S. 190 ff.

Schmalenbach-Gesellschaft/Baetge, Jörg (u.a.): Bilanzierung von Finanzinstrumenten im Währungs- und Zinsbereich auf der Grundlage des HGB, DB 1997, S. 637 ff.

Schmidt, Ludwig (Hrsg.): Einkommensteuergesetz, 21. Auflage, 2002 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schmidt, EStG)

Schmidt, Hubert/Grabbe, Jan: § 8a KStG n.F.: Fremdvergleich bei Gesellschafterbesicherten Drittdarlehen, DStR 2004, S. 403 ff.

Schneider, Dieter: Investition, Finanzierung und Besteuerung, 7. Auflage 1992

Schneider, D.: Handbuch der Finanzwissenschaft, 3. Auflage 1980

Schnitger, Arne: Fallstricke bei der Anwendung des § 8a KStG a.F. auf Inlandsgesellschaften unter Beachtung der Einwirkung der Niederlassungsfreiheit des EG-Vertrages, GmbHR 2004, S. 334 ff.

Schnittker, Helder/Bank, Stephan: Die LLP in der Praxis, 2007

Schredelseker, Klaus: Kritik an der Körperschaftsteuerreform, Finanz Archiv 1972/73, S. 27 ff.

SEC (Securities and Exchange Commission): Federal Register, Securities and Exchange Commission; 17 CFR Parts 210, 228 et al. Asset-backed Securities; Final Rule, January 7, 2005, 1653 PLI/Corp 31

Seer, Roman: Steuergerechtigkeit durch Steuervereinfachung – Symposium der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e.V. vom 18. Februar 1995, Bundesfinanzakademie Brühl, StuW 1995, S. 184 ff.

Seidl, Christian: Betriebsteuer und Neutralität, StuW 1989, S. 350 ff.

Seiler, Christian: Besteuerung von Einkommen – Aufgaben, Wirkungen und europäische Herausforderungen – Gutachten F für den 66. Deutschen Juristentag 2006, 2006

Selling, Heinz-Jürgen: Deutschland im Steuerwettbewerb der Staaten – Einige steuerpolitische Überlegungen –, IStR 2000, S. 225 ff.

Selmer, Peter: Finanzordnung und Grundgesetz – Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Finanz- und Steuersachen, AöR 101 (1976), S. 399 ff.

Sigloch, Jochen: Unternehmenssteuerreform 2001 – Darstellung und ökonomische Analyse, StuW 2000, S. 169 ff.

Singher, Thomas C.: Regulating Derivatives: Does Transnational Regulatory Cooperation Offer a Viable Alternative to Congressional Action?, 18 Fordham Int'l Law Journal 1397 (1995)

Smith, Adam: An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, 1776, deutsche Ausgabe in: Recktenwald, Horst-Claus (Hrsg.): Der Wohlstand der Nationen, 5. Auflage, 1990

Söffing, Günter: Pensionsrückstellung für Personengesellschaften (Teil 2), BB 1999, S. 96 ff.

Spengel, Christoph/Jaeger, Claudia/Müller, Katja: Europarechtliche Beurteilung des Gesetzesentwurfs zur Senkung der Steuersätze und zur Reform der Unternehmensbesteuerung, IStR 2000, S. 257 ff.

Stapperfend, Thomas: Die Unternehmenbesteuerung in den Entwürfen zur Reform des Einkommensteuerrechts, FR 2005, S. 74 ff.

Staub, Hermann/Canaris, Claus-Wilhelm/Schilling, Wolfgang/Ulmer, Peter: Großkommentar zum Handelsgesetzbuch, 4. Aufl. 1997 (zitiert: *Staub*, in: Großkomm. zum HGB)

Stäuber, Hans-Wilkin: Zur Reform der Körperschaftsteuer, GmbHR 1974, S. 197 ff.

Stiftung Marktwirtschaft: Kommission Steuergesetzbuch Steuerpolitisches Programm vom 30.01.2006

Streinz, Rudolf (Hrsg.): EUV/EGV Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2003 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Streinz, EUV/EGV)

Stüdemann, Klaus: Grundformen der Einnahmenbesteuerung – Versuch eines betriebswirtschaftlichen Besteuerungsmodells, StuW 1985, S. 141 ff.

Thuronyi, Victor (Hrsg.): Tax Law Design and Drafting, Bd.e 1 und 2, 1998 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Thuronyi, Tax Law Design and Drafting)

Timm, Herbert: Wandlungen der Besteuerung seit dem vorigen Jahrhundert, in: Häuser, Karl/Folkers, Cay/Pollak, Helga/Timm, Herbert (Hrsg.), Wandlungen der Besteuerung, 1987

Tipke, Klaus: Steuerrechtsordnung Bd. 1, 2. Auflage, 2000

Tipke, Klaus: Steuerrechtsordnung Bd. 2, 2. Auflage, 2003

Tipke, Klaus/Kruse, Heinrich Wilhelm (Hrsg.): Abgabenordnung Finanzgerichtsordnung, Loseblatt, Stand: 103. Ergänzungslieferung, Mai 2004 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Tipke/ Kruse, AO/FGO)

Tipke, Klaus/Lang, Joachim (Hrsg.): Steuerrecht, 17. Auflage, 2002 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Tipke/ Lang, Steuerrecht)

Vodrazka, Karl: Die Körperschaftsbesteuerung der Kapitalgesellschaften – Argumente und Folgerungen, StuW 1971, S. 235 ff.

Wagner, Franz W.: Was bedeutet und wozu dient Rechtsformneutralität der Unternehmensbesteuerung?, StuW 2006, S. 101 ff.

Waldhoff, Christian: Rezension zu: Monika Jachmann, Steuergesetzgebung zwischen Gleichheit und Freiheit. Verfassungsrechtliche Grundlagen und Perspektiven der Unternehmensbesteuerung, StuW 2000, S. 217 ff.

Walz, W. R.: Empfiehlt sich eine rechtsformunabhängige Besteuerung der Unternehmen?, DJT 1980, Gutachten F

Weber, Harald: Zu einigen rechtspolitischen Grundfragen der Besteuerung selbständiger Unternehmen – Zugleich eine Stellungnahme zum Gutachten von Prof. Rainer Walz zum 53. Deutschen Juristentag, JZ 1980, S. 545 ff.

Weber-Grellet, Heinrich: Europäisches Steuerrecht, 2005

Weber-Grellet, Heinrich: Die Qual der Wahl – Zur steuerlichen Behandlung von Wahlrechten, DStR 1992, S. 1417 ff.

Wendt, M.: Kommentar: Gewerbebeertragsteuer als Substanzsteuer sowie Zinsschranke und Zinsvortrag, FR 2007, S. 609 f.

Westerfelhaus, Herwarth: Bilanzrecht und Unternehmensteuerreform, DStZ 1999, S. 630 ff.

Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium der Finanzen (Hrsg.): Flat Tax oder Duale Einkommensteuer? Zwei Entwürfe zur Reform der deutschen Einkommensbesteuerung, 2004

Wöhe, Günter: Betriebswirtschaftliche Steuerlehre, Bd. 1, Halbband 1, 6. Auflage, 1988 (zitiert: Wöhe, Betriebswirtschaftliche Steuerlehre)

Wöhe, Günter: Grundprobleme der Körperschaftsteuer und Gewerbesteuerreform, ZfBf 1971, S. 502 ff.

Zitzelsberger, Heribert: Grundlagen der Gewerbesteuer, 1989

Zöllner, Wolfgang: Wertpapierrecht, 14. Auflage, 1987

1. Teil: Einleitung

Jeder Bürger steht von Geburt an bis zu seinem Tod in einem steuerrechtlichen Dauerrechtsverhältnis, d.h. in einem öffentlich-rechtlichem Rechte- und Pflichtenverhältnis zum Staat.¹ Die Steuerpflicht ist nicht nur eine – durch Grundrechte begrenzte – Grundpflicht der Bürger, sondern auch eine der Unternehmungen.²

Im Hinblick auf das Ertragssteuerrecht – also die Besteuerung von Erwerbseinkommen³ – konkretisiert sich dieses Steuerrechtsverhältnis in materieller Hinsicht insbesondere in den Vorschriften des Einkommensteuergesetzes (EStG), des Körperschaftsteuer- (KStG) und des Gewerbesteuergesetzes (GewStG). Eine einheitliche Ertragsbesteuerung von Unternehmen bzw. Unternehmungen kennt das deutsche Ertragssteuerrecht allerdings nicht. Dabei kann einer effizienten und zeitgemäßen Ertragsbesteuerung der Unternehmen eine entscheidende Bedeutung zukommen.

Unternehmen oder – allgemeiner gesagt – Unternehmungen stellen nicht nur durch den von ihnen erzielten Umsatz oder Gewinn einen volkswirtschaftlich und steuerlich bedeutenden Faktor dar⁴. Sie geben Individuen Beschäftigung und sorgen damit als Arbeitgeber für das Erwerbseinkommen natürlicher Personen. Darüber hinaus können Unternehmungen am Kapitalmarkt Investitionsobjekte darstellen und somit bei Investoren und Kapitalanlegern in der Regel auch für Investment- bzw. Kapitaleinkommen sorgen. Die vorgenannten drei Effekte können grundsätzlich nur von Unternehmungen geschaffen werden.

¹ Vgl. §§ 33-37 AO sowie *Drüen*, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, Vor § 33 AO Rn. 1.

² Tipke, Die Steuerrechtsordnung Bd. 1, S. 3.

³ Vgl. hierzu ausführlich: *Lang*, Die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer, S. 39 ff.; *Lang*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 8 Rn. 22, 30 ff.

⁴ BMF, Die wichtigsten Steuern im internationalen Vergleich 2008, S. 12 ff. Abrufbar im Internet unter: <http://www.bundesfinanzministerium.de>.

Denn insbesondere Beschäftigung bzw. Arbeit stellt eine exklusive Tätigkeit natürlicher Personen dar.

Somit sollte ein Staat als Wirtschaftsstandort auch eine gewisse Attraktivität für Unternehmungen bzw. Unternehmen bieten. Hierbei spielt das Steuerrecht eine nicht zu unterschätzende Rolle. Aufgrund der originär fiskalischen Funktion der Steuer, dem Staat Einnahmen zur Finanzierung seiner staatlichen Aufgaben zu verschaffen⁵, hat das Steuerrecht eine erhebliche Relevanz für das Staatswesen. Darüber hinaus wird in der Regel jede wirtschaftliche Betätigung vom Steuerrecht eines Staates beeinflusst. Dies folgt bereits daraus, daß das Steuerrecht seine Belastungen direkt oder indirekt an zivilrechtliche Gestaltungen anknüpft. Zudem werden in der Gegenwart nicht mehr ausschließlich rein fiskalische Steuerzwecke durch sog. Fiskalzwecknormen verfolgt, sondern das Steuerrecht auch zu sozial- und kulturpolitischen Lenkungs Zwecken eingesetzt (durch sog. Sozial- oder Lenkungs zwecknormen).⁶ Nicht zuletzt durch die Steuerlast hat das Steuerrecht erhebliche Auswirkungen auf unternehmerische Entscheidungen: Die gesamte Rechtsplanung und Rechtsgestaltung, insbesondere im Hinblick auf die Gestaltung von Unternehmensstrukturen und Unternehmensstandorten kann maßgeblich auch vom Steuerrecht beeinflusst werden.

Auch aufgrund des sog. „Wettbewerbs der Steuersysteme“⁷ ist eine zeit- und wirtschaftsgemäße Unternehmensbesteuerung unerlässlich, um die internationale Wettbewerbsfähigkeit des Wirtschaftsstandortes Deutschland insgesamt gewährleisten zu können. Der Wettbewerb der Steuersysteme ist Teil des Staatenwettbewerbs um mobile Produktionsfaktoren und hat sich infolge der zunehmenden Globalisierung der Weltwirtschaft in den letzten Jahrzehnten ganz erheblich verschärft.

⁵ Vgl. § 3 I AO; *Drüen*, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, § 3 AO Rn. 12 ff., 15.

⁶ Hierzu: *Ruppe*, in: H/H/R, EStG/KStG, Einf. z. EStG, Rn. 53 f.; *Drüen*, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, § 3 AO Rn. 12a; *Timm*: Wandlungen der Besteuerung seit dem vorigen Jahrhundert, in: Häuser/Folkers/Pollak/Timm, Wandlungen der Besteuerung.

⁷ Hierzu: Selling, IStR 2000, S. 225 ff.

Internationale Steuerunterschiede können zur Nichtbesteuerung erheblicher Teile von Kapital- oder Unternehmensvermögen führen sowie zu Gewinnverlagerungen in niedrig besteuerte ausländische Staaten.

Auf europäischer Ebene hat zwar die Kommission das Ausmaß von (Binnen-)Marktstörungen durch unterschiedliche Unternehmenssteuern in Europa erkannt, gleichwohl wurden bisher eher rudimentäre Harmonisierungsversuche unternommen.⁸ Dadurch könnte der Eindruck entstehen, daß auf europäischer Ebene die Politik des Wettbewerbs der Steuersysteme hinsichtlich des Unternehmenssteuerrechts eher weiter gefördert wird.⁹

In dieser Arbeit soll untersucht werden, ob eine einheitliche, geschlossene Ertragsbesteuerung von Unternehmen bzw. Unternehmungen unter Berücksichtigung fundamentaler Grundsätze des Steuerrechts möglich ist. Weiterhin soll an ausgewählten Gesichtspunkten der Frage nachgegangen werden, wie die Ertragsbesteuerung von Unternehmen bzw. Unternehmungen am zweckmäßigsten und effektivsten systematisch gestaltet werden kann, um eine zeitgemäße Besteuerung der Unternehmen zu erreichen.

⁸ *Kamann*, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 93 EGV Rn. 27; Weber-Grellet, Europäisches Steuerrecht, § 23 Rn. 1 ff.

⁹ *Birk*, in: H/H/S, AO/FGO, § 2 AO Rn. 205; Weber-Grellet, Europäisches Steuerrecht, § 23 Rn. 3 ff.

2. Teil: Dualistische oder einheitliche Ertragsbesteuerung von Unternehmungen?

A. Die rechtsgeschichtliche Entwicklung der derzeitigen Ertragsbesteuerung von Unternehmungen und Unternehmen

Wie bereits in der Einleitung dargelegt, kennt unser deutsches Ertragssteuerrecht keine einheitliche Unternehmensbesteuerung¹⁰. Historisch betrachtet ist die Ertragsbesteuerung von Unternehmungen bzw. Unternehmen ein relativ junges Phänomen.

Die Ursprünge der Besteuerung von Unternehmen bzw. Unternehmungen gehen jedoch bis in das Mittelalter zurück. In Form von Zunftgeldern, Marktzugangsgebühren und ähnlicher Beiträge haben im Mittelalter die Städte damit begonnen, bestimmten Handwerkszweigen und Gewerben Abgaben aufzuerlegen.¹¹ Diese Form der Abgabenerhebung von Unternehmungen bzw. Gewerbetreibenden hat sich dann in Form von Sondergewerbesteuern insbesondere im 17. und 18. Jahrhundert konkretisiert, wobei zunehmend von der Substanzbesteuerung zur Ertragsbesteuerung der Gewerbe übergegangen wurde¹².

Ausgehend von französischen Einflüssen haben die deutschen Partikularstaaten erst im 19. Jahrhundert damit begonnen, ein mehr oder weniger differenziertes Ertragsteuersystem aufzubauen. Im Zuge der Industrialisierung und insbesondere mit dem Aufkommen von Eisenbahngesellschaften und Aktiengesellschaften – die verpflichtet waren, Bilanzen aufzustellen – wurde insbesondere in Preußen dazu übergegangen, diese Gesellschaften bzw. Unternehmungen von der

¹⁰ Vgl. oben 1. Teil.

¹¹ Zitzelsberger, Grundlagen der Gewerbesteuer, S. 9 m.w.N.

¹² Vgl. ausführlich: Zitzelsberger, Grundlagen der Gewerbesteuer, S. 10 ff.

allgemeinen Gewerbesteuer auszunehmen und einer gesonderten Gewerbesteuer¹³, die an den Zins- und Dividendenzahlungen der Unternehmungen orientiert war, zu unterwerfen. Durch derartige Gesetzgebung wurde der Versuch unternommen, gerade Großunternehmungen – auch unter dem Gesichtspunkt der Steigerung des Steueraufkommens – einer eher ertragsorientierten Besteuerung zuzuführen und von der bisherigen Merkmalbesteuerung (Betrieb eines bestimmten Gewerbes) abzukommen.

Im Zuge der Einführung eines Einkommensteuergesetzes in Preußen durch die Miquel'sche Steuerreform im Jahr 1891¹⁴ wurden die wichtigsten Körperschaften seinerzeit in die Einkommensteuer integriert. Ob Körperschaften Einkommen erzielen können, war bereits damals umstritten. Der Eingliederung von Körperschaften in die Einkommensteuer wurde entgegengehalten, daß Begriffsmerkmal des Einkommens die Verfügbarkeit zum Bestreiten des Lebensunterhalts sei, was im Hinblick auf den Aspekt ‚Lebensunterhalt‘ für nichtphysische Personen nicht zutreffe.¹⁵

Durch das Körperschaftsteuergesetz vom 30. März 1920¹⁶ wurde sodann die bis heute beibehaltene Trennung der Besteuerung von Körperschaften von der Einkommensteuer vorgenommen. Durch die Einführung der separaten Körperschaftsteuer wurde allerdings nur eine partielle Unternehmensbesteuerung eingeführt, weil das Körperschaftsteuergesetz seit seiner Einführung im Jahr 1920 bis heute gerade nicht für Personengesellschaften gilt.

¹³ Gesetz vom 18.11.1857: „Gewerbesteuer betreffend Aktien und ähnliche Gesellschaften“, GS S. 449.

¹⁴ Gesetz vom 24.06.1891, GS S. 259.

¹⁵ Pezzer, Rechtfertigung der Körperschaftsteuer, in: FS Tipke, S. 419 ff. (421).

¹⁶ RGBl. I 1920, S. 393.

Seit der Einführung des KStG ist die Unternehmensbesteuerung seit nunmehr über 100 Jahren immer wieder Gegenstand der wissenschaftlichen Diskussion.¹⁷ Hauptgegenstand dieser Diskussion ist die als unbefriedigend empfundene Doppelbelastung ausgeschütteter Gewinne bei der Körperschaft durch die Körperschaftsteuer einerseits und den Anteilseignern durch die Einkommensteuer andererseits.

Durch die Körperschaftsteuerreform von 1977¹⁸ wurde dieses Problem der Doppelbelastung ausgeschütteter Gewinne durch die Einführung des Anrechnungsverfahrens gelöst. Allerdings blieben die sich aus der uneinheitlichen Ertragsbesteuerung von Unternehmen ergebenden Probleme weitgehend ungelöst.

Neue Brisanz in die Ertragsbesteuerung von Unternehmungen hat nicht zuletzt die Unternehmenssteuerreform 1999/2000/2002 gebracht, durch die insbesondere das Anrechnungsverfahren abgeschafft und durch das Halbeinkünfteverfahren bzgl. ausgeschütteter Gewinne von Körperschaften ersetzt wurde. Durch die Unternehmensteuerreform 2008¹⁹ wurde sodann unter Modifizierung des Halbeinkünfteverfahrens die sog. „Abgeltungssteuer“ eingeführt.²⁰

¹⁷ Vgl. bereits: Becker/Lion, Ist es erwünscht, das Einkommen aus Gewerbebetrieb nach gleichmäßigen Grundsätzen zu besteuern, ohne Rücksicht auf die Rechtsform, in der das Gewerbe betrieben wird?, S. 433 ff., 465 ff.; weitere Nachweise bei: Hey, in: H/H/R, EStG/KStG, Einf. KSt Rn. 184.

¹⁸ Gesetz v. 31.08.1976, BGBl. I 1976, S. 2597.

¹⁹ Unternehmensteuerreformgesetz vom 14.08.2007, BGBl. I 2007, S. 1912 ff.; siehe auch: Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Entwurf eines Unternehmensteuerreformgesetzes 2008, BT-Drs. 16/4841 vom 27.03.2007.

²⁰ Vgl. hierzu auch unten, 4. Teil, Abschnitt C. II., dort insbesondere 2.

B. Steuersubjekte im derzeitigen Ertragssteuerrecht – Rechtsformabhängigkeit der Unternehmensbesteuerung

Sowohl im KStG als auch im EStG wird das Unternehmen nicht als Steuerrechtssubjekt erfaßt. Im Rahmen der Besteuerung von Unternehmen knüpft das Steuerrecht vielmehr an die unterschiedlichen Rechtsformen an, die das Zivilrecht für die rechtliche Strukturierung der Unternehmen vorsieht. Damit wirkt sich die zivilrechtliche Abgrenzung zwischen Personenhandelsgesellschaften als Gesamthandsgemeinschaften einerseits und Kapitalgesellschaften als Körperschaften andererseits grundsätzlich auch auf das (Ertrags-)Steuerrecht aus.²¹ Steuerrechtssubjekte im Ertragssteuerrecht sind daher nicht das Unternehmen sondern vielmehr natürliche Personen (z. Bsp. der einzelne Gesellschafter von Personenhandelsgesellschaften als Mitunternehmer i.S.v. § 15 I 1 Nr. 2 und 3 EStG) oder juristische Personen (z. Bsp. die AG oder die GmbH gemäß § 1 I Nr. 1 KStG).

Diese, an der Rechtsform der Unternehmen ausgerichtete Ertragsbesteuerung von Kapitalgesellschaften und Personenunternehmen führt derzeit zu erheblichen Belastungsunterschieden. Die bisherigen Unternehmungen des Gesetzgebers zur Unternehmensteuerreform, insbesondere die Absenkung des Körperschaftssteuersatzes auf einheitlich 25% (ab 2009: 15%) und die Einführung des Halbeinkünfteverfahrens unter Abkehr vom Anrechnungsverfahren durch das Steuersenkungsgesetz vom 23.10.2000²² sowie die Senkung des Einkommensteuertarifs durch das Steuerentlastungsgesetz 1999 vom 19.12.1998²³ und das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 vom 24.3.1999²⁴ tragen dem Versuch der Reform der Unternehmensbesteuerung nur unzureichend Rechnung. So wird nicht zuletzt durch diese Unternehmensteuerreform um den Preis mehrfacher Verfassungswidrigkeit die

²¹ Montag, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 17 Rn. 2.

²² BGBl. I 2000, S. 1433.

²³ BGBl. I 1998, S. 3779.

²⁴ BGBl. I 1999, S. 402.

Steuerbelastung zwischen Personenunternehmen und Kapitalgesellschaften austariert: Personengesellschaften sind insbesondere deshalb diskriminiert, weil sie keinen Zugang zu dem niedrigeren Körperschaftsteuersatz haben. Kapitalgesellschaften sind vornehmlich dadurch diskriminiert, weil nach der Einführung von § 35 EStG nur noch sie die Gewerbesteuer zu tragen haben. Zudem ist das Chaos der Veräußerungsbesteuerung unübersehbar geworden.²⁵ Die Unternehmensteuerreform 2008²⁶ modifizierte zwar u.a. das Halbeinkünfteverfahren zu einer „Abgeltungssteuer“ auf die Einkünfte aus Kapitalvermögen, hat aber an dem Dualismus der Unternehmensbesteuerung generell festgehalten.

Dabei ist insbesondere die Unternehmensstruktur in Deutschland zu berücksichtigen: Das Gros der mittelständischen Wirtschaft in Deutschland, ca. 83%, stellen Einzelunternehmer sowie Personengesellschaften dar, dagegen beträgt der Anteil von Kapitalgesellschaften in Deutschland nur ca. 15,4% der Unternehmen in Deutschland.²⁷ Dies wirft die Frage auf, ob die derzeitige rechtsformabhängige Unternehmensbesteuerung überhaupt noch systematisch zu rechtfertigen ist.

²⁵ Lang, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 8 Rn. 73.

²⁶ Unternehmensteuerreformgesetz vom 14.08.2007, BGBl. I 2007, S. 1912 ff.; siehe auch: Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Entwurf eines Unternehmensteuerreformgesetzes 2008, BT-Drs. 16/4841 vom 27.03.2007.

²⁷ BMF: Steuerentlastungen und Abbau unnötiger Steuerbürokratie – Entlastung für den Mittelstand, 05.09.2006. Abrufbar im Internet unter: <http://www.bundesfinanzministerium.de>.

C. Der Dualismus der derzeitigen Unternehmensbesteuerung

I. Besteuerung nach dem Transparenz- und Trennungsprinzip

Aus den unterschiedlichen zivilrechtlichen Strukturen von Personen- und Kapitalgesellschaften ergibt sich der Dualismus einer Besteuerung nach dem Transparenzprinzip und nach dem Trennungsprinzip:

Nach dem Transparenzprinzip ist Steuersubjekt allein der Unternehmer. Der Unternehmensgewinn bzw. -verlust wird unmittelbar dem Unternehmer zugeordnet; das Unternehmen ist gegenüber dem Fiskus „transparent“ – so bei den Personengesellschaften (vgl. § 15 I 1 Nr. 2, 3 EStG i.V.m. §§ 179 II 2, 180 I Nr. 2 lit. a AO).

Nach dem Trennungsprinzip werden sowohl das Unternehmen als auch der Unternehmer als Steuersubjekte behandelt, so bei Kapitalgesellschaften (vgl. § 1 I Nr. 1 KStG) und deren Gesellschaftern (vgl. § 1 I 1 EStG i.V.m. §§ 2 I 1 Nr. 5, 20 I Nr. 1 EStG).

II. Entwicklung der Rechtsprechung zur einkommensteuerlichen Einordnung der Personengesellschaften

1. Rechtsprechung des RFH und ältere Rechtsprechung des BFH

Die Rechtsprechung des RFH²⁸ und des BFH²⁹ zur Besteuerung des Mitunternehmers bei Personengesellschaften war bis Anfang der 1970er Jahre ganz von dem Transparenzprinzip geleitet. Das Ziel war die Gleichstellung von Mitunternehmer und Einzelunternehmer („Vielheit der Gesellschafter“). Ausgehend von der Rechtslage, daß die Per-

²⁸ RFH, RStBl. 1937, 937; RFH, RStBl. 1943, 6.

²⁹ BFH, BStBl. III 1958, 75 (= BFHE 66, 193).

sonengesellschaft als Mitunternehmerschaft i.S.d. § 15 I 1 Nr. 2 EStG ertragsteuerrechtlich kein Steuersubjekt ist, vertrat der RFH und der BFH in seiner älteren Rechtsprechung die Auffassung, daß es sich bei einer Personengesellschaft in ertragsteuerlicher Hinsicht um die Vereinigung von selbständigen Gewerbetreibenden handele und die Beteiligung an einer Personengesellschaft (Mitunternehmerschaft) dementsprechend als selbständiger Gewerbebetrieb jedes einzelnen Gesellschafters (Mitunternehmers) zu werten sei. Die rechtliche Existenz der Personengesellschaft wurde mittels der Bilanzbündeltheorie hinweg gedacht³⁰.

2. Neuere Rechtsprechung des BFH

Unter Abkehr von der Bilanzbündeltheorie, weg von der „Vielheit der Gesellschafter“, hin zur „Einheit der Gesellschaft“ wurde durch die Rechtsprechung³¹ – insbesondere durch die Grundsatzentscheidung des Großen Senats des Bundesfinanzhofes vom 25.6.1984³² – das Transparenzprinzip zumindest teilweise durchbrochen:

Die Personengesellschaft sei zwar nicht Einkommensteuersubjekt; dies sei nach § 1 I 1 EStG allein der Gesellschafter als natürliche Person. Jedoch sei die Zivilrechtsfähigkeit der Personengesellschaft bei der Bestimmung des Einkommensteuerobjekts zu beachten: Die Personengesellschaft sei „Steuerrechtssubjekt bei der Feststellung der Einkunftsart und der Einkünfteermittlung“³³ (Einheitstheorie)³⁴.

³⁰ *Stuhrmann*, in: Blümich, EStG/KStG, § 15 EStG Rn. 237.

³¹ BFH, BStBl. II 1976, 744; BStBl. II 1976, 748; BStBl. II 1977, 145; BStBl. II 1981, 164; BFH GrS, BStBl. II 1981, 164; BFH GrS, BStBl. II 1991, 691 (699 ff.); BFH GrS, BStBl. II 1995, 617 (620 ff.).

³² BFH GrS, BStBl. II 1984, 751 (761 f.).

³³ BFH GrS, BStBl. II 1995, 617 (621).

³⁴ *Stuhrmann*, in: Blümich, EStG/KStG, § 15 EStG Rn. 238.

3. Stellungnahme

Dieser Rechtsprechung des BFH sowie dem systematischen Ansatz, wonach derzeit Personengesellschaften nicht als Steuersubjekt im Ertragssteuerrecht anerkannt werden, ist entgegenzutreten.

Die Rechtsprechung des RFH³⁵ und die ältere Rechtsprechung des BFH³⁶ ist bereits deshalb abzulehnen, weil der Zusammenschluß von Gesellschaftern zu einer (Personen-)Gesellschaft gerade den Zweck hat, gemeinsam³⁷, vereinigt in einem Gewerbebetrieb den Gesellschaftszweck zu verfolgen. Diesem Aspekt trägt die Rechtsprechung des RFH und die ältere Rechtsprechung des BFH gerade nicht Rechnung. Die (Personen-)Gesellschaft kann – wie zuvor dargelegt – gerade nicht als eine Summe von Einzel- bzw. Teilgewerbebetrieben der Gesellschafter (Mitunternehmer) aufgefaßt werden. Insoweit impliziert bereits der Gesetzeswortlaut „Mitunternehmer“ in § 15 I 1 Nr. 2 EStG eine gewisse Fehlvorstellung, weil man daraus ableiten könnte, daß es sich bei Personengesellschaften um den Zusammenschluß einzelner (Mit-)Unternehmer handele.

Dem ist jedoch nicht so. Rechtszuständig für Belange der Personengesellschaften sind nicht deren einzelne Gesellschafter, sondern die Gesamthand. Dies wird in zivilrechtlicher Hinsicht insbesondere durch die Entscheidung des BGH zur Rechtsfähigkeit der BGB-(Außen-)Gesellschaft vom 29.01.2001³⁸ und durch die Rechtssubjektivität der Personenhandelsgesellschaften (vgl. § 124 I HGB) unterstrichen.

Diesen Aspekten trägt die neuere Rechtsprechung des BFH³⁹ – unter dem Stichwort: Weg von der „Vielheit der Gesellschafter“, hin zur „Einheit der Gesellschaft“ – zwar teilweise Rechnung, insoweit sie die

³⁵ RFH, RStBl. 1937, 937; RFH, RStBl. 1943, 6.

³⁶ BFH, BStBl. III 1958, 75 (= BFHE 66, 193).

³⁷ Vgl. §§ 705 BGB, 105 III, 161 II HGB.

³⁸ BGH, NJW 2001, S. 1056 ff.

³⁹ BFH, BStBl. II 1976, 744; BStBl. II 1977, 145; BStBl. II 1981, 164; BFH GrS, BStBl. II 1981, 164; BFH GrS, BStBl. II 1991, 691 (699 ff.); BFH GrS, BStBl. II 1984, 751 (761 f.); BFH GrS, BStBl. II 1995, 617 (620 ff.).

Personengesellschaft als Einkünfteerzielungsobjekt betrachtet. Allerdings ist sie inkonsequent, weil sie der Personengesellschaft die Anerkennung als Ertragssteuersubjekt verwehrt.

Die derzeitige Eingliederung von Personengesellschaften in das EStG und ihre Nichtanerkennung als Steuerrechtssubjekt im Ertragssteuerrecht ist vorwiegend auf die rechtshistorische Entwicklung der Ertragsbesteuerung von Unternehmungen in Deutschland zurückzuführen⁴⁰, an der bis jetzt festgehalten wurde. Auch in der Literatur wurde bisher überwiegend argumentiert, daß es dem Gesetzgeber frei stehe, die zivilrechtliche Rechtsform als Anknüpfungspunkt unterschiedlicher Besteuerungsfolgen zu wählen.⁴¹

Das alleinige Abstellen auf die Rechtsform von Unternehmen als Rechtfertigung für eine daraus resultierende unterschiedliche ertragsteuerliche Behandlung, wie es derzeit der Fall ist, geht fehl. Selbst wenn man mit der herrschenden Meinung⁴² die Auffassung vertritt, daß es sich bei Personengesellschaften – trotz ihrer Gemeinschaftsrechte (vgl. z. Bsp. § 124 I HGB) – zivilrechtlich nicht um eine juristische Person handelt, so ist dies jedoch für die Frage ihrer ertragsteuerlichen Behandlung jedoch nicht allein ausschlaggebend. Die Rechtsform, in der ein Unternehmen betrieben wird, taugt allein nicht zur Rechtfertigung von Belastungsunterschieden. Vielmehr ist danach zu fragen, ob Personen- und Kapitalgesellschaften als Unternehmen in ertragsteuerlicher Hinsicht überhaupt eine eigenständige wirtschaftliche Leistungsfähigkeit haben und wenn dem so ist, ob etwaige Unterschiede in deren Leistungsfähigkeit eine gesonderte ertragsteuerliche Behandlung von Personen- oder Kapitalgesellschaften rechtfertigt.

⁴⁰ Vgl. bereits oben 2. Teil, Abschnitt A.

⁴¹ Birk, StuW 2000, S. 328 (333); Pelka, StuW 2000, S. 389 (392 ff.); Stapperfend, FR 2005, 74 (76); Weber, JZ 1980, 545 (549).

⁴² Vgl. Staub, in: Großkomm. HGB, 4. Aufl. 1997, § 124 Rn. 2.

III. Neue Reformmodelle zum Unternehmenssteuerrecht

1. Allgemeines

Die Unzulänglichkeiten des geltenden Ertragssteuerrechts im Hinblick auf die Unternehmensbesteuerung haben gerade mit Blick auf die im Jahr 2003 und zum Jahreswechsel 2003/2004 durch den Gesetzgeber erfolgte erneute „Reform“ des Steuerrechts⁴³ auch zu Vorschlägen betreffend die Reform der Unternehmensbesteuerung geführt.

2. Mitschke: Erneuerung des deutschen Einkommensteuerrechts – Mit einer Grundsicherungsvariante⁴⁴

a) Das Reformmodell im Überblick

Für eine rechtsformneutrale Unternehmensbesteuerung schlägt Mitschke folgendes Modell vor:

Nur die (Netto-)Entnahmen oder Ausschüttungen (nach Verrechnung mit Kapitaleinlagen) sollen als Einkünfte dem (als natürliche Person) ausschließlich einkommensteuerpflichtigen Alleineigentümer oder Gesellschafter zugerechnet werden⁴⁵. Dies soll unabhängig von der Rechtsform des gewerblichen, freiberuflichen oder auch landwirtschaftlichen Unternehmens geschehen. Zudem soll nach Mitschkes Reformmodell auch das Steuerbilanzrecht abgeschafft werden, weil es überflüssig sei.⁴⁶ Denn die in dem Unternehmen erzielten Gewinne würden nach seinem Modell ertragssteuerlich unangetastet bleiben. Mitschke geht davon aus, daß das Unternehmen, wenn es einen nicht steuerbaren Gewinn in einem Veranlagungszeitraum erwirtschaftet hat, diesen entweder an die Anteilseigner ausschüttet – was der

⁴³ Vgl. Gesetz v. 16.05.2003, BGBl. I 2003, S. 321 (Steuervergünstigungsabbaugesetz); Gesetz v. 29.12.2003, BGBl. I 2003, S. 2922 (Haushaltsbegleitgesetz 2004); Gesetz v. 22.12.2003, BGBl. I 2003, S. 2840 („Korb II“); Gesetz v. 23.12.2003, BGBl. I 2003, S. 2922 (Gesetz z. Änd. d. Gewerbesteuerergesetzes u. anderer Gesetze). Vgl. hierzu im Einzelnen: Melchior, DStR 2004, 65 ff.

⁴⁴ Mitschke, Erneuerung dt. ESt-Recht.

⁴⁵ Mitschke, Erneuerung dt. ESt-Recht, Rn. 32.

⁴⁶ Mitschke, Erneuerung dt. ESt-Recht, Rn. 49 f., 122-124.

Besteuerung nach seinem Modell unterliegen würde – oder zu Investitionszwecken einbehält, dadurch eine (noch) höhere Rendite erwirtschaftet, die im folgenden Veranlagungszeitraum steuerbar ausgeschüttet werden könne.⁴⁷ Seiner Ansicht nach sei nicht einsichtig, warum Unternehmen, bei denen Aufsichts- und Geschäftsführungsorgane lediglich als eine Art wirtschaftlicher Treuhänder des Alleineigentümers oder der Gesellschafter fungierten, überhaupt eine eigenständige einkommen- oder körperschaftsteuerliche Leistungsfähigkeit zukommen solle; sie seien lediglich Einkommensintermediäre.⁴⁸

b) Bemerkungen

Im Hinblick auf die Unternehmensbesteuerung ist das zuvor skizzierte Reformmodell von Mitschke abzulehnen.

Zum einen ist der Auffassung Mitschkes, daß Unternehmen – seien es nun Personengesellschaften oder Körperschaften/Kapitalgesellschaften – keine eigenständige Leistungsfähigkeit zuzusprechen sei, unzutreffend. Denn erst durch den organisierten Zusammenschluß der Kapitalgeber (= Anteilseigner/Gesellschafter) zu einem Verbund (= Gesellschaft), der einheitlich unter einem eigenen Namen (= Firma, vgl. §§ 17 I, 6 I HGB) am Markt auftreten kann, ist eine größere und rentablere unternehmerische Betätigung am Markt möglich, die zu völlig anderen Ertragsmöglichkeiten führen kann, als wenn jeder einzelne Kapitalgeber – gerade auch unter Konkurrenz Gesichtspunkten – für sich allein versuchen würde, mit derselben Geschäftsidee am freien Markt aufzutreten. Zudem kann gerade die Firma, unter der das Unternehmen in seiner Gesamtheit am Markt auftritt, als Marke insbesondere zu Kundenbindungs- und Wiedererkennungszwecken fungieren. Derartige Vorteile könnten die Kapitalgeber, wenn sie jeweils selbständig am Markt auftreten würden, nicht erzielen. Um einen derartigen Verbund organisatorisch „lebensfähig“ halten zu können, bedarf es weiterhin der Aufsichts- und Geschäftsführungsorgane. Zudem kommt es heute gerade den Aktionären von börsen-notierten AG's mit ihrer Mitglied-

⁴⁷ Mitschke, Erneuerung dt. ESt-Recht, Rn. 19.

⁴⁸ Mitschke, Erneuerung dt. ESt-Recht, Rn. 27.

schaft in der AG als Gesellschafter weniger auf die Förderung des Gesellschaftszwecks an, als auf die Geldanlage durch die Investition in die Aktie. Daher kann entgegen der Auffassung Mitschkes nicht generalisierend davon gesprochen werden, daß die Aufsichts- und Geschäftsführungsorgane von Gesellschaften nur Einkommensintermediäre des Gesellschafters seien, denn gerade an vorgenanntem Beispiel wird deutlich, daß insbesondere im Fall von börsennotierten Kapitalgesellschaften die Organe der Gesellschaft letztlich den Gesellschaftszweck und die Gesellschaftsleitung in wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht lenken und zu führen haben und weniger die Anteilseigner des Streubesitzes.

Zudem würde das Modell Mitschkes gerade im Hinblick auf weltweit agierende Gesellschaften zu erheblichen steuerlichen Verwerfungen führen, weil in den anderen Staaten, in denen derartige Unternehmen agieren, die Gewinne dieser Unternehmen weiterhin der (ggf. beschränkten) Ertragsbesteuerung unterliegen würden.

Schließlich ist zweifelhaft, wie Mitschke mit seinem Reformmodell das Steueraufkommen von Unternehmen sichern will, wenn die Unternehmen ihre ausschüttbaren Gewinne nicht ausschütten, sondern stets thesaurieren würden. In diesem Fall würde es im Bereich der Unternehmensbesteuerung bei Mitschkes Modell zu (dauerhaften) Steuerausfällen kommen – schließlich kann man kein Unternehmen gesetzlich dazu zwingen, vorhandenes Kapital an die Anteilseigner auszuschütten.

3. Kirchhof: Das Einkommensteuergesetzbuch (EStGB)⁴⁹

a) Das Reformmodell im Überblick

Kirchhof beabsichtigt mit seinem Reformmodell in Gestalt des EStGB durch die Schaffung einer „steuerjuristischen Person“ den Dualismus der Ertragsbesteuerung von Unternehmen zu beenden. Gemäß § 11 I EStGB⁵⁰ sind steuerjuristische Personen Personenvereinigungen und Zweckvermögen des privaten Rechts, aber auch Betriebe der öffentlichen Hand, die im Wettbewerb mit der Privatwirtschaft erwerbswirtschaftlich tätig sind (§ 11 II EStGB). Somit werden in Kirchhofs Reformmodell Personengesellschaften und Körperschaften als steuerjuristische Personen – die sich durch das Zivilrecht definieren – neben den natürlichen Personen einkommensteuerpflichtig. Für sie alle gilt grundsätzlich dieselbe Bemessungsgrundlage und ein einheitlicher Tarif.⁵¹ Weiterhin soll das EStGB ein eigenes und eigenständiges Steuerbilanzrecht enthalten. Ziel der neuen Steuerbilanz soll eine periodengerechte Besteuerung sein, die möglichst wenige und niedrige stille Reserven entstehen lasse.⁵²

b) Bemerkungen

Die Bemühungen Kirchhofs, durch einen gemeinsamen und einheitlichen Steuersatz für Unternehmen aller Rechtsformen die Belastungsunterschiede der derzeitigen Ertragsbesteuerung von Unternehmen durch das KStG und das EStG zu lösen, ist ein erster Schritt zur Reform der Unternehmensbesteuerung. Ob allein durch die Schaffung einer neuen steuerrechtlichen Rechtsfigur der „steuerjuristischen Person“ und die Unterwerfung der Unternehmen unter grundsätzlich die selben Bemessungsgrundlagen wie für natürliche Personen die Probleme des derzeitigen Dualismus der Unternehmensbesteuerung gelöst werden können, erscheint zweifelhaft.

⁴⁹ Kirchhof, DStR 2003, Beihefter 5 zu Heft 37/2003.

⁵⁰ Abrufbar unter: <http://www.bundessteuergesetzbuch.de>.

⁵¹ Kirchhof, DStR 2003, Beihefter 5 zu Heft 37/2003, S. 2, 10.

⁵² Kirchhof, DStR 2003, Beihefter 5 zu Heft 37/2003, S. 3.

Durch die Schaffung der „steuerjuristischen Person“ wird die Rechtsordnung weiter veruneinlicht, indem im Ertragssteuerrecht die subjektive Steuerpflicht hinsichtlich der steuerlichen Erfassung von Unternehmen an eine weitere Fiktion angeknüpft wird. Einfacher und konsequenter wäre es, die Ertragsbesteuerung von Unternehmen insgesamt einheitlich in einem gesonderten Gesetz zu lösen, wobei hier auch spezifische wirtschaftliche Besonderheiten von Unternehmen, z. Bsp. die Frage der Verwendung der Gewinne, der Rückstellungsbildung sowie der Kapitalstruktur Berücksichtigung finden könnten.

Zudem könnte bei dem Reformmodell Kirchhofs der Aspekt der Doppelbesteuerung von Gewinnen problematisch werden. Dies insbesondere dann, wenn an einer juristischen Person wiederum juristische Personen als Gesellschafter beteiligt sind und an diese Gesellschafter bereits versteuerter Gewinn ausgeschüttet wird. Derartige Zahlungen könnten bei den Gesellschaftern als Bestandteil deren Gewinns nach Kirchhofs Modell wiederum der Besteuerung unterliegen.

4. Flat Tax oder Duale Einkommensteuer? – Gutachten des Wissenschaftlichen Beirates beim BMF⁵³

a) Die Reformvorschläge im Überblick

Der Wissenschaftliche Beirat beim Bundesministerium für Finanzen (BMF) hat sich im Zuge der Reformüberlegungen in seinem Gutachten vom Juli 2004 mit zwei Modellen zur Reform der Einkommensbesteuerung auseinandergesetzt, die auch auf die Ertragsbesteuerung von Unternehmen Auswirkungen haben.⁵⁴

⁵³ Wissenschaftlicher Beirat beim BMF, Flat Tax oder Duale Einkommensteuer?.

⁵⁴ Wissenschaftlicher Beirat beim BMF, Flat Tax oder Duale Einkommensteuer?
Abrufbar unter: <http://www.bundesfinanzministerium.de>.

aa) Flat-Tax

Ziel der Flat-Tax, zu deutsch sinngemäß: „Ein-Stufen-Steuer“, ist es, daß die Einkommensteuer das wirtschaftliche Einkommen möglichst vollständig erfaßt, also keine Ausnahmen zuläßt, und dieses Einkommen mit einem vergleichsweise niedrigen, einheitlichen Steuersatz belegt.⁵⁵ Auf der persönlichen Ebene sollen aber relativ hohe Freibeträge gewährt werden, so daß der Tarif insgesamt eine (indirekt) progressive Wirkung entfalten soll. Vorteil der Flat-Tax soll u.a. neben der besseren Möglichkeit der Quellenbesteuerung von Einkommen auch sein, daß im Hinblick auf die Unternehmensbesteuerung durch den einheitlichen Steuersatz eine neutrale Verknüpfung von Einkommen- und Körperschaftssteuer erreicht werden kann.⁵⁶

bb) Duale Einkommensteuer

Alternativ zur Flat-Tax schlägt der Wissenschaftliche Beirat beim BMF eine Duale Einkommensteuer vor. Bei der Dualen Einkommensteuer soll ein unterschiedlicher Steuertarif für Arbeitseinkommen und Kapitaleinkommen geschaffen werden. Dabei soll das Arbeitseinkommen weiterhin einem direkt progressiven Einkommensteuertarif unterworfen bleiben, während auf das Kapitaleinkommen ein niedriger Proportionalsteuersatz (ca. 30 %) angewendet werden soll.⁵⁷ Zu dem Kapitaleinkommen sollen neben Zinsen insbesondere Gewinne der Einzelunternehmen, Gewinnanteile der Gesellschafter sowie Gewinne der Kapitalgesellschaften zählen.⁵⁸ Die Duale Einkommensteuer würde einerseits für die Investition von ausländischem und inländischem Kapital eine im internationalen Vergleich angemessene Einkommensteuerbelastung schaffen, ohne daß andererseits erhebliche Einschränkungen des haushaltsrechtlichen Handlungsspielraums hingenommen werden müßten, die mit der Senkung des Einkommensteuertarifs auf der Grundlage der Flat-Tax einhergehen würden.

⁵⁵ Wissenschaftlicher Beirat beim BMF, Flat Tax oder Duale Einkommensteuer?, S. 3.

⁵⁶ Wissenschaftlicher Beirat beim BMF, Flat Tax oder Duale Einkommensteuer?, S. 5.

⁵⁷ Wissenschaftlicher Beirat beim BMF, Flat Tax oder Duale Einkommensteuer?, S. 11.

⁵⁸ Wissenschaftlicher Beirat beim BMF, Flat Tax oder Duale Einkommensteuer?, S. 11.

b) Bemerkungen

Im Hinblick auf die Unternehmensbesteuerung werden Reformüberlegungen, die – wie bei der Flat-Tax oder der Dualen Einkommensteuer – vornehmlich den Steuersatz betreffen, gerade im Hinblick auf die Rechtsformneutralität der Besteuerung keine (vollständige) Gleichbehandlung insbesondere von Personen- und Kapitalgesellschaften herbeiführen können. Zwar wird durch die Anpassung des Steuersatzes ein Problem bei dem derzeitigen Dualismus der Ertragsbesteuerung von Unternehmen entschärft. Jedoch verbleibt es bei weiteren Ungleichbehandlungen. In diesem Zusammenhang kann etwa auf die Möglichkeit der Verlustverrechnung bei Personengesellschaften mit dem übrigen Einkommen der natürlichen Person als Gesellschafter verwiesen werden, die nach dem EStG möglich, nach dem KStG aber nicht möglich ist. Weiterhin ist zu berücksichtigen, daß Kapitalgesellschaften nach h.M.⁵⁹ nur eine betriebliche (Einkommens-)Sphäre besitzen, weil durch die Umqualifizierung nach § 8 II KStG nur ihre unternehmerische Tätigkeit ertragssteuerlich erfaßt wird⁶⁰, während bei der Ertragsbesteuerung von Personengesellschaften durch die (anteilige) Zurechnung des Unternehmensgewinns zu den etwa als natürliche Personen steuerpflichtigen Gesellschaftern (§ 15 I 1 Nr. 2 EStG) im Weg der gesonderten und einheitlichen Feststellung nach §§ 179 II, 180 I Nr. 2a AO⁶¹ die steuerliche Berücksichtigung einer Privatsphäre, etwa über den Sonderausgabenabzug oder den Abzug außergewöhnlicher Belastungen bei den Gesellschaftern, möglich ist.

⁵⁹ BFH, BStBl. II 1992, 342; BFH, DStR 1997, 492; BFH GrS, BStBl. II 2000, 632; *Rengers*, in: Blümich, KStG § 8 Rn. 63.

⁶⁰ Vgl. hierzu ausführlich: *Rengers*, in: Blümich, KStG § 8 Rn. 60 ff.

⁶¹ Vgl. hierzu: *Brandis*, in: Tipke/Kruse, AO § 180 Rn. 10 ff.

3. Teil: Ein eigenständiges Ertragssteuerrecht für Unternehmungen? – Und was sollte es leisten?

A. Ein eigenständiges Ertragssteuerrecht für Unternehmungen?

Die Frage, ob es ein eigenständiges Ertragssteuerrecht für Unternehmungen bzw. Unternehmen geben soll, ist seit der Einführung des KStG im Jahr 1920 bis heute heftig umstritten.⁶² Im Folgenden soll untersucht werden, ob es möglich und zweckmäßig ist, ein eigenständiges Ertragssteuerrecht für Unternehmen zu schaffen.

I. Unternehmen als Gegenstand eines (eigenständigen) Ertragssteuersystems?

Bevor man der Frage der spezifischen Ausgestaltung eines Unternehmenssteuerrechts in ihren Grundlagen nachgehen kann, wäre zunächst zu klären, ob Unternehmungen bzw. Unternehmen selbst Gegenstand eines (eigenständigen) Ertragssteuerrechts sein können bzw. sollen. Als Ausgangspunkt soll die historische Rechtfertigung der Körperschaftsteuer gewählt werden.

Neben der Rechtfertigung der Einführung einer partiellen Unternehmensbesteuerung als solcher spielte insbesondere die Rechtfertigung der Doppelbelastung des ausgeschütteten Gewinns der Körperschaften an die Anteilseigner eine bzw. die maßgebende Rolle bei der historischen Rechtfertigung der im Jahr 1920 eingeführten Körperschaftsteuer⁶³.

⁶² Vgl. bereits oben 2. Teil, Abschnitt A. sowie Nachweise in Fn. 17.

⁶³ RGBl. I 1920, S. 393.

Im Wesentlichen wurde die Einführung einer separaten Körperschaftsteuer neben der Einkommensteuer für natürliche Personen damit gerechtfertigt, daß die juristische Person ein *selbständiges*, von den Anteilseignern verschiedenes *Rechtssubjekt* mit eigenen Einkünften sei. Diese Einkünfte seien rechtlich nicht identisch mit den an die Anteilseigner ausgeschütteten Einkünften. Daher sei es gerechtfertigt, neben der von den Anteilseignern erhobenen Einkommensteuer bei der juristischen Person eine separate Ertragssteuer, die Körperschaftsteuer, zu erheben.⁶⁴ Der historische Gesetzgeber hat sich mit der Schaffung des Körperschaftsteuergesetzes 1920 somit dafür ausgesprochen, daß der Reinvermögenszugang von Körperschaften prinzipiell dem Einkommen natürlicher Personen steuersystematisch ebenbürtig ist.⁶⁵

Zudem wurde auch das Äquivalenzprinzip zur Rechtfertigung der Körperschaftsteuer herangezogen. Danach lasse sich die Körperschaftsteuer als Gegenleistung für dem Staat verursachte Kosten verstehen, weil Unternehmen auch in Form von Kapitalgesellschaften bzw. juristischen Personen von staatlichen Leistungen profitierten und solche – wie etwa in Form von Subventionen oder öffentliche Infrastruktur – in Anspruch nehmen würden.⁶⁶

Nicht zuletzt wurde auch der Gesichtspunkt der fiskalischen Ergiebigkeit einer Steuer auf Einkünfte bzw. Gewinne von Unternehmen zur Rechtfertigung der Körperschaftsteuer bemüht.⁶⁷ Die amtliche Begründung zur Einführung der Körperschaftsteuer im Jahr 1920 führte hierzu Folgendes aus:

„Die Verleihung der Rechtspersönlichkeit gewährt den Erwerbsgesellschaften so viel Rechte, daß sie die Folgen der Selbständigmachung auch auf dem Gebiete tragen müssen, auf dem sie für sie nachteilig ist.

⁶⁴ Vgl. hierzu: Drucksache der Deutschen Nationalversammlung Bd. 341, Anlagen zu den stenographischen Berichten, 1920, S. 14; abgedruckt bei: *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung Bd. 2, S. 1165; so auch: *Rasenack*, Theorie der Körperschaftsteuer; BMF, Steuerreformkommission 1971, S.304.

⁶⁵ *Pezzer*, Rechtfertigung der Körperschaftsteuer, in: FS *Tipke*, S. 419 ff. (422).

⁶⁶ *Rasenack*, Theorie der Körperschaftsteuer, S. 300.

⁶⁷ *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung Bd. 2, S. 1167 f.

Die Vorteile der Rechtsform, in der sie ihre Zwecke verfolgen können, sind vor allem, neben der völligen Gleichstellung mit den natürlichen Personen auf allen Verkehrs- und Wirtschaftsgebieten, die bedeutende Verstärkung der Kreditfähigkeit, die in der fast unbeschränkten Möglichkeit der Erweiterung des Kapitals liegt. Gerade hierin liegt ein Vorteil, der dem Einzelwirtschaftler nicht entfernt im gleichen Maße erreichbar ist. Daß in vielen Fällen die Kapitalhäufung auch die Wirtschaftlichkeit steigert, ist eine weitere Folge dieser Rechtsform. Außerdem ist aber darauf hinzuweisen, daß die Erwerbsgesellschaften, wie gerade das Beispiel großer Gesellschaften in neuerer Zeit immer klarer dartut, immer mehr darüber hinauswachsen, eine bloße Hilfsform in der Wirtschaftstätigkeit der natürlichen Personen zu sein, daß sie sich vielmehr ihre eigenen Aufgaben und Zwecke stellen, sich in Verfolgung dieser Zwecke über ihre ursprüngliche Grundlage hinaus ausdehnen und zum Teil sich in Gegensatz zu den an ihnen beteiligten natürlichen Personen stellen. Diese Wirtschaftsemanzipation von den Zwecken der Einzelperson ist eine weitere Grundlage für eine selbständige Besteuerung. Endlich aber darf nicht übersehen werden, daß die Erwerbsgesellschaften sich auch zu so übermächtigen Wettbewerbern der privaten Einzelwirtschaftler entwickelt haben, daß die Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit der letzteren unbedingt einen Ausgleich auf steuerlichem Gebiet erfordert. Die Freilassung der Gesellschaften von einer Besteuerung ihres Einkommens würde die Übermacht der Kapitalansammlung noch mehr steigern. Sie würde um so mehr ins Gewicht fallen, als die Einzelpersonen die für ihren persönlichen Verbrauch benötigten Mittel zu versteuern haben.“⁶⁸

⁶⁸ Drucksache der Deutschen Nationalversammlung Bd. 341, Anlagen zu den stenographischen Berichten, 1920, S. 14; abgedruckt bei: *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung Bd. 2, S. 1165.

II. Meinungen zu der Frage nach einem eigenständigen Ertragssteuerrecht für Unternehmungen

Im Hinblick auf die Frage, ob es überhaupt ein eigenständiges Ertragssteuerrecht für Unternehmen geben soll, haben sich in der Literatur im Grundsatz zwei Lager gebildet: Das eine hängt der Integrationstheorie⁶⁹ an, das andere der Separationstheorie⁷⁰.

1. Integrationstheorien

Anhänger der Integrationstheorie⁷¹ vertreten die Ansicht, daß sich zwischen Unternehmen und Unternehmern nicht wirklich unterscheiden lasse. Dabei liegt das Augenmerk weniger auf der – wohl vornehmbaren – (formal) juristischen Unterscheidung zwischen dem Unternehmen in seiner Rechtsform, etwa AG, GmbH, oHG, KG usw. einerseits und dem Unternehmer als natürliche Person oder wiederum als Gesellschaft in einer bestimmten Rechtsform andererseits. Vielmehr steht eine gewisse wirtschaftliche Betrachtung im Vordergrund. Die Anhänger der Intergrationstheorie meinen nämlich, daß nicht wirklich zwischen dem Gewinn des Unternehmens – gleich welcher Rechtsform – einerseits und dem Einkommen der Unternehmer, insbesondere im Hinblick auf ausgeschüttete Unternehmensgewinne, andererseits unterschieden werden könne, sondern dies vielmehr einheitlich zu betrachten sei. Daher könne auch nicht der Ertrag des Unternehmens einerseits mit einer Unternehmenssteuer und andererseits – wenn er an die Anteilseigner ausgeschüttet wurde – wiederholt mit Einkommensteuer belastet werden. Vielmehr sei die

⁶⁹ Pezzer, Rechtfertigung der Körperschaftsteuer, in: FS Tipke, S. 419 ff. (425); Hey, in: H/H/R, EStG/KStG, Einf. KSt Rn. 20; Hey, Reform des Körperschaftsteuersystems, DStJG-Sonderband 2001, S. 5 (14 ff.); Hey, Harmonisierung der Unternehmensbesteuerung in Europa, S. 245 ff., 353 ff.

⁷⁰ Tipke, Die Steuerrechtsordnung Bd. 2, S. 1193; Flume, DB 1971, 692; Flume, StbJb. 1971/1972, S. 31 (37, 50); Knobbe-Keuk, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, S. 1 ff.; Lang, StuW 1989, S. 3 ff.; Lang, StuW 1990, S. 107 ff.

⁷¹ Vgl. Pezzer, Rechtfertigung der Körperschaftsteuer, in: FS Tipke, S. 419 ff. (425); Hey, in: H/H/R, EStG/KStG, Einf. KSt Rn. 20; Hey, Reform des Körperschaftsteuersystems, DStJG-Sonderband 2001, S. 5 (14 ff.); Hey, Harmonisierung der Unternehmensbesteuerung in Europa, S. 245 ff., 353 ff.

Unternehmenssteuer – im Hinblick auf die Doppelbelastung von Gewinnen auf Ebene der Körperschaft und der Anteilseigner – in irgendeiner Form in die Einkommensteuer zu integrieren.

Noch weitergehend ist die Forderung von Anhängern der „Teilhabersteuer“⁷². Deren Ziel ist eine Einmalbesteuerung des Unternehmensgewinns, indem der gesamte Gewinn der Körperschaft (auch der thesaurierte) den Anteilseignern zugerechnet wird und die Gewinnanteile bei ihnen dem progressiven Einkommensteuertarif unterworfen werden.

2. Separationstheorie

Die Anhänger der Separationstheorie⁷³ hingegen sind der Ansicht, daß sich steuerrechtlich sehr wohl zwischen Unternehmen und Unternehmern unterscheiden lasse. Bei der Ertragsbesteuerung der Unternehmer einerseits handele es sich um eine Personensteuer, bei der der Unternehmen andererseits um eine Unternehmenssteuer.⁷⁴ Personensteuern könnten nur aus dem Einkommen – sei es auch aus solchem, das aus gespeichertem Vermögen hervorgebracht wird – der natürlichen Personen aufgebracht werden. Unternehmenssteuern könnten nur aus dem (gespeicherten) Gewinn aufgebracht werden. Personensteuern einerseits und Unternehmenssteuern andererseits seien somit ungleichartig.⁷⁵ Bei den Unternehmen verbleibe, gerade unter Berücksichtigung von Äquivalenz Gesichtspunkten fast immer ein überschüssender Rest, ein „Surplus“⁷⁶, der durch die personale Einkommensteuer nicht abgedeckt sei. Daher sei daneben eine (institutionelle) Unternehmenssteuer im Grundsatz gerechtfertigt, um dieses „Mehrergebnis“ steuerrechtlich zu erfassen.

⁷² Das Modell der „Teilhabersteuer“ wurde maßgeblich vertreten von: Engels/Stützel, Teilhabersteuer. Neuerdings für eine Integration der Körperschaftsteuer in die Einkommensteuer aber auch: Kirchhof, Einkommensteuer, Gesetzbuch, S. 44 ff., 202 ff.; ders., StuW 2002, S. 3 ff. (14 ff.); ders., StbJb. 2002/03, S. 7 ff. (21, 26).

⁷³ Tipke, Die Steuerrechtsordnung Bd. 2, S. 1193; Flume, DB 1971, 692; Flume, StbJb. 1971/1972, S. 31 (37, 50); Knobbe-Keuk, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, S. 1 ff.; Lang, StuW 1989, S. 3 ff.; Lang, StuW 1990, S. 107 ff.

⁷⁴ Tipke, Die Steuerrechtsordnung Bd. 1, S. 97 ff.

⁷⁵ Tipke, Die Steuerrechtsordnung Bd. 1, S. 97.

⁷⁶ Tipke, Die Steuerrechtsordnung Bd. 2, S. 1191 f.

III. Stellungnahme

1. Ergiebigkeit als Rechtfertigungskriterium?

Zur Rechtfertigung einer Unternehmensbesteuerung – gleichgültig in welcher konkreten Ausgestaltung – unter dem Gesichtspunkt der fiskalischen Ergiebigkeit ist zu bemerken, daß die „Ergiebigkeit“ einer Steuer allein nicht zu deren Rechtfertigung ausreichen mag. Denn die Steuer ist per definitionem dazu bestimmt, dem Staat dazu zu verhelfen, Einnahmen zu erzielen, also „ergiebig“ zu sein.⁷⁷ Daher kann die fiskalische Ergiebigkeit einer bestimmten Steuer nicht zu deren Rechtfertigung an sich herangezogen werden. Sie ist vielmehr Gegenstand der allgemeinen Steuerrechtfertigungstheorie, also der Frage, ob Steuern an sich überhaupt von Bürgern oder Unternehmen erhoben werden dürfen.⁷⁸ An dieser Stelle ist anzumerken, daß die Verfassung in den Art. 104a ff. GG es offensichtlich als selbstverständlich voraussetzt, daß der Staat Steuern zur Finanzierung staatlicher Aufgaben erheben kann. So ist auch nicht einmal der Begriff der Steuer verfassungsrechtlich im Grundgesetz definiert, sondern vielmehr einfachgesetzlich in § 3 I AO. Der Parlamentarische Rat und der Bundestag als Verfassungsgeber haben den Steuerbegriff des § 1 RAO vorausgesetzt und den Art. 104a ff. GG zugrunde gelegt.⁷⁹ Im Anschluß hieran hat das BVerfG⁸⁰ sowie die h.M.⁸¹ die in § 1 I 1 RAO und nunmehr § 3 I AO enthaltene Definition des Begriffs „Steuer“ auch zur Auslegung des verfassungsrechtlichen Steuerbegriffs übernommen. Indes soll an dieser Stelle nicht weiter der Frage der allgemeinen Steuerrechtfertigungstheorie nachgegangen werden. Vielmehr soll das Augenmerk auf die Rechtfertigung einer Ertragsbesteuerung für Unternehmen im Besonderen gerichtet werden.

⁷⁷ Vgl. § 3 I AO.

⁷⁸ Vgl. hierzu im Einzelnen: Tipke, Die Steuerrechtsordnung Bd. 1, S. 228 ff.

⁷⁹ Drüen, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, § 3 AO Rn. 2a.

⁸⁰ BVerfGE 7, 244 [251], 42, 223 [228], 93, 319 [346].

⁸¹ BFH, BStBl. II 1984, 454 [456], BStBl. II 1990, 510; BVerwGE 44, 202 [204], 58, 230 [234]; Drüen, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, § 3 AO Rn. 2a m.w.N.

2. Integrationstheorien versus Separationstheorie?

Die Frage, ob Unternehmen eigenständige Leistungsfähigkeit besitzen, aufgrund derer es gerechtfertigt ist, diese prinzipiell einer eigenständigen Ertragsbesteuerung zuzuführen und Unternehmen somit Steuersubjekt sind, ist der eigentliche Kernpunkt bei der Rechtfertigung der Unternehmensbesteuerung.

a) Separations- und Integrationstheorie und Gesetzestechnik

Die Unterscheidung zwischen Separationstheorie einerseits und Integrationstheorie andererseits versperrt das Blickfeld, indem sie über diese Problematik hinwegtäuscht. Denn dieser Meinungsstreit mit einer derartigen Klassifizierung betrifft im Grunde eher die Frage der formalen, gesetzestechnischen Ausgestaltung einer Ertragsbesteuerung von Unternehmen, sei es nun in Form eines jeweils eigenständigen Gesetzeswerkes für (natürliche) Personen einerseits und Unternehmen andererseits, sei es in Form eines einheitlichen Ertragssteuergesetzes, durch das sowohl (natürliche) Personen als auch Unternehmen erfaßt werden.

Die gesetzestechnische Ausgestaltung (ein Gesetz, zwei Gesetze) ist letztlich Geschmackssache und eine Frage der Tradition der jeweiligen Rechtsordnung. Beispielsweise wird in den USA das gesamte Steuerrecht (Erbchaftsteuerrecht, Ertragssteuerrecht, Steuerverfahrensrecht usw.) unter einer Kodifikation, dem Internal Revenue Code, gefaßt, der natürlich einen entsprechenden Umfang aufweist.⁸² In europäischen Rechtsordnungen ist es seit jeher Tradition, eigenständige Gesetze für den jeweiligen Regelungskreis zu schaffen.⁸³ Auch können dabei Aspekte der Übersichtlichkeit und Handhabbarkeit von Gesetzen für die Gesetzesanwender eine entscheidende Rolle spielen.

⁸² So weist allein der Internal Revenue Code (IRC) (Title 26 of the United States Code), in dem das Bundessteuerrecht der USA gesetzlich geregelt ist, über 9.000 Paragraphen auf. Hinzu kommt noch eine nicht unerhebliche Anzahl von Verwaltungsanweisungen (Treasury Regulations) zum I.R.C. Vgl. hierzu einen Auszug aus dem I.R.C. sowie den Treasury Regulations zu Studienzwecke für Studenten: *Lathrope, Selected Federal Taxation – Statutes and Regulations 2004 Edition*.

⁸³ Vgl. Tipke/Kruse, AO Einf. AO Rn. 1.

Die grundlegende rechtssystematische Frage, ob Unternehmen an sich Steuersubjekt im Ertragssteuerrecht sein können, aufgrund dessen es dann auch gerechtfertigt ist, deren Gewinn – ihr „Einkommen“ – der Besteuerung zu unterwerfen, vermag die schematische Trennung in Integrationstheorie und Separationstheorie jedoch nicht zu klären.

b) Integrationstheorie im Sinne einer „Teilhabersteuer“ und das Realisationsprinzip

Faßt man die Integrationstheorie dahingehend auf, die (selbständige) Ertragsbesteuerung von Unternehmen vollständig abzuschaffen und komplett in die Ertragsbesteuerung von den natürlichen Personen, d.h. den Anteilseignern zu integrieren (sog. „Teilhabersteuer“)⁸⁴, so ist dies mit dem das Ertragssteuerrecht bestimmende Realisationsprinzip⁸⁵ nicht vereinbar.

Generell ist Kapitaleinkommen im Ertragssteuerrecht nicht steuerbar, solange es nicht realisiert ist. Bezogen auf den Anteilseigner an einer (Kapital-)Gesellschaft bedeutet dies, daß sein („Ertrags-“)Anteil nicht der Ertragsbesteuerung unterworfen wird, solange er den Ertrag nicht „realisiert“ hat – entweder in Form von empfangenen Ausschüttungen der Gesellschaft (Dividenden, vgl. § 20 I Nr. 1 EStG) oder in Form der Veräußerung seines Anteils an der Gesellschaft (Veräußerungsgewinn, vgl. § 17 EStG oder als privates Veräußerungsgeschäft, § 23 I 1 Nr. 2 EStG). Kapitalzuflüsse aufgrund einer Herabsetzung des Grund- oder Stammkapitals oder einer Liquidation einer Gesellschaft sind hingegen grundsätzlich als Kapitalrückgewähr und nicht als Kapitalertrag zu qualifizieren und daher grundsätzlich nicht steuerbar.⁸⁶ Eine Ausnahme von diesem Grundsatz stellt § 20 I Nr. 2 EStG dar: Er erfaßt als Kapitaleinkünfte Liquidationsraten und Abschlusszahlungen, die nach der

⁸⁴ Das Modell der „Teilhabersteuer“ wurde maßgeblich vertreten von: Engels/Stützel, Teilhabersteuer. Neuerdings für eine Integration der Körperschaftsteuer in die Einkommensteuer durch die Fiktion einer „steuerjuristischen Person“ aber auch: *Kirchhof*, Einkommensteuer, Gesetzbuch, S. 44 ff., 202 ff.; ders., StuW 2002, S. 3 ff. (14 ff.); ders., StbJb. 2002/03, S. 7 ff. (21, 26); ders., DStR 2003, Beihefter 5 zu Heft 37/2003.

⁸⁵ Vgl. hierzu: *Lang*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht § 9 Rn. 52; *Hey*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht § 17 Rn. 68, 200 ff.

⁸⁶ BFH, BStBl. II 1976, S. 342 ff. (342); BFH, BStBl. II 1995, S. 725 ff. (726).

Auflösung einer unbeschränkt steuerpflichtigen Körperschaft i.S.v. § 20 I Nr. 1 EStG anfallen und die a) nicht in der Rückzahlung von Nennkapital bestehen oder b) soweit Nennkapital zurückgezahlt wird, das auf der Umwandlung von Rücklagen beruht, die aus dem Gewinn gebildet worden sind. Hiervon ist wiederum der nach § 20 II EStG (n.F.) steuerbare Gewinn aus der Veräußerung von Anteilen an einer (Kapital-)Gesellschaft zu unterscheiden.

Wenn man nach der Integrationstheorie im Sinne einer “Teilhabersteuer” die (separate) Ertragsbesteuerung von Gesellschaften unter Beibehaltung des Realisationsprinzips abschaffen würde, so führt dies zu einer erheblichen ertragssteuerlichen Ungleichbehandlung von Unternehmungen, die einerseits als Einzelunternehmen und andererseits in Form von Gesellschaften geführt werden. Jedes Jahr, in dem das in Form einer Gesellschaft geführte Unternehmen seinen Gewinn ohne steuerliche Belastung reinvestieren kann, kann der Einzelunternehmer lediglich seinen nach Abzug der Ertragssteuer verbleibenden Gewinn reinvestieren. Der gesamte Gewinn in Form von Gesellschaften geführter Unternehmungen würde nach der Integrationstheorie im Sinne einer “Teilhabersteuer” somit nicht der Ertragsbesteuerung unterworfen, solange er nicht in Form von Ausschüttungen an den Anteilseigner oder in Form von Veräußerungen des Gesellschaftsanteils durch den Anteilseigner realisiert wird.

Würde man andererseits auch die thesaurierten (also die nicht realisierten) Gewinnanteile der Ertragsbesteuerung bei den Anteilseignern unterwerfen, wäre dies mit dem das Ertragsteuerrecht bestimmende Zuflußprinzip, § 11 EStG⁸⁷ nicht vereinbar. Danach liegen erst dann steuerbare Einkünfte vor, wenn sie dem Steuerpflichtigen “zugeflossen” sind, d.h. der Steuerpflichtige über sie die wirtschaftliche Verfügungsmacht erlangt hat. Dies ist bei thesaurierten Gewinnanteilen, die in der wirtschaftlichen Verfügungsmacht der Gesellschaft verbleiben, jedoch nicht der Fall.

⁸⁷ Vgl. hierzu: *Lang*, in: *Tipke/Lang, Steuerrecht*, § 9 Rn. 58.

Die Integrationstheorie im Sinne einer "Teilhabersteuer" führt somit zu einer erheblichen, nicht zu rechtfertigenden Ungleichbehandlung von Einzelunternehmen und Gesellschaften. Darüber hinaus ist sie auch unter fiskalischen Gesichtspunkten unpraktikabel, weil sie aufgrund der zuvor beschriebenen Auswirkungen des Realisationsprinzips zu erheblichen Steuerausfällen führen würde.

3. Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab eines eigenständigen Unternehmenssteuerrechts

Die Frage der Rechtfertigung der Ertragsbesteuerung von Unternehmen bzw. Unternehmung an sich läßt sich letztlich nur durch das Leistungsfähigkeitsprinzip beantworten.

a) Das Leistungsfähigkeitsprinzip und seine Bedeutung für das Steuerrecht

aa) Leistungsfähigkeitsprinzip – allgemein

Seit Thomas von Aquin stellt das Leistungsfähigkeitsprinzip einen fundamentalen Maßstab zur Beurteilung steuerlicher Lastengleichheit dar und ist sowohl in Art. 13 der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 3.11. 1789 als auch in Art. 134 der Weimarer Reichsverfassung niedergelegt.⁸⁸ Es wird weltweit als Fundamentalprinzip gerechter Besteuerung anerkannt.⁸⁹ Das Grundgesetz kennt zwar keine Art. 134 der Weimarer Reichsverfassung vergleichbare ausdrückliche Verankerung des Leistungsfähigkeitsprinzips. Allerdings ist nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG⁹⁰ das Leistungsfähigkeitsprinzip aus dem im allgemeinen Gleichheitssatz, Art. 3 I GG, verankerten Grundsatz der Steuergerechtigkeit abzuleiten, wonach die Steuerlasten auf die Steuerpflichtigen im Verhältnis ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zu verteilen

⁸⁸ Vgl. hierzu: Birk, Leistungsfähigkeitsprinzip, S. 6 ff.; Hahn, StuW 2004, 167 ff.; Lang, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 4 Rn. 82 ff.

⁸⁹ Lang, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 4 Rn. 83 m.w.N.

⁹⁰ Vgl. insbesondere: BVerfGE 6, 55 (67); BVerfGE 8, 51 (68 f.); 43, 108 (118 ff.); 61, 319 (343 ff.); 66, 214 (223); 82, 60 (86 f.).

sind. Das BVerfG schlußfolgert hieraus in vertikaler Hinsicht, daß die Besteuerung niedriger Einkommen im Vergleich zur Steuerbelastung höherer Einkommen dem Gerechtigkeitsgebot genügen muß⁹¹. In horizontaler Hinsicht verlangt es, daß Steuerpflichtige mit gleicher Leistungsfähigkeit gleich hoch belastet werden müssen⁹². Allerdings muß das Leistungsfähigkeitsprinzip nicht in reiner Form verwirklicht werden.⁹³ So können auch andere Gesichtspunkte, wie etwa finanz-, wirtschafts- oder sozialpolitische sowie steuertechnische Erwägungen berücksichtigt werden.⁹⁴

Aus dem allgemeinen Grundsatz der Besteuerung nach der individuellen Leistungsfähigkeit allein läßt sich aber noch nicht viel entnehmen.⁹⁵ Er bedarf daher der näheren Konkretisierung im Hinblick auf die jeweiligen Einzelsteuergesetze.⁹⁶

bb) Leistungsfähigkeitsprinzip und Ertragsbesteuerung von Unternehmen

Vereinzelt wurde von Teilen der Literatur⁹⁷ unter opfertheoretischen Gesichtspunkten die Auffassung vertreten, daß die Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit zur Finanzierung der Staatsaufgaben von allen Beteiligten ein gerechtes Opfer – eine Einbuße der Bedürfnisbefriedigung – abverlange. Dies könnten nur natürliche Personen auf sich nehmen, die einen persönlichen Bedarf zu befriedigen hätten. Insbesondere bei juristischen Personen sei ein derartiges Opfer nicht denkbar, es fehle ihnen die Opferfähigkeit. Daher sei das Leistungsfähigkeitsprinzip auf sie nicht anwendbar.

⁹¹ BVerfGE 82, 60 (89).

⁹² BVerfGE 82, 60 (89).

⁹³ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 Rn. 45.

⁹⁴ BVerfGE 26, 302 (310); BVerfGE 50, 386 (391 f.); BVerfGE 74, 182 (200).

⁹⁵ Daher wird gegen das Leistungsfähigkeitsprinzip auch vereinzelt eingewendet, es sei zu vieldeutig, um aus ihm konkrete Schlüsse ziehen zu können. Vgl. hierzu, jeweils mit weiteren Nachweisen: Lang, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 4 Rn. 83 m.w.N.

⁹⁶ Vgl. hierzu: Lang, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 4 Rn. 89 ff.

⁹⁷ Fuisting, Grundzüge der Steuerlehre, §§ 75, 124; Steuerreformkommission 1971, KSt Rn. IV/54; Schneider, Handbuch der Finanzwissenschaft, S. 533 ff.; Stüdemann, StuW 1985, 141 (156).

Dieser Auffassung ist indes nicht zu folgen. Das Leistungsfähigkeitsprinzip ist nicht derart eng personenbezogen zu betrachten, sondern vielmehr als Fähigkeit, Steuerleistungen aus dem Einkommen oder Gewinn erbringen zu können.⁹⁸ Daher sind Gesellschaften, die Gewinn erwirtschaften, leistungsfähig. Für die Ertragsbesteuerung von Unternehmen ist anerkannt, daß das Leistungsfähigkeitsprinzip, vermittelt durch den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG, nicht nur für natürliche Personen sondern nach Maßgabe des Art. 19 III GG auch für inländische juristische Personen gilt.⁹⁹ Die durch Art. 19 III GG ausdrücklich vorgenommene Ausgrenzung ausländischer juristischer Personen¹⁰⁰ wurde – jedenfalls für solche, die im Gemeinschaftsgebiet ansässig sind – durch die europarechtlichen Diskriminierungsverbote aufgefangen.¹⁰¹ Für die Ertragsbesteuerung von Unternehmen kommen in diesem Zusammenhang insbesondere in Betracht: die Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EGV), die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EGV) und die Freiheit des Kapitalverkehrs (Art. 56 EGV).

b) Haben Unternehmen eine eigene Leistungsfähigkeit?

Es stellt sich nunmehr die Frage, ob Unternehmen eine eigene, dauerhafte Leistungsfähigkeit besitzen. Oder findet nur ein Durchleiten der Erträge zum Unternehmer bzw. Anteilseigner statt – haben Unternehmen also nur eine vorübergehende, vom Unternehmer bzw. Anteilseigner abgeleitete Leistungsfähigkeit?

Die in der Literatur vertretene Auffassung¹⁰², daß Unternehmen an sich keine eigenständige Leistungsfähigkeit besäßen, sondern vielmehr allenfalls nur eine vorübergehende, von den Anteilseignern abgeleitete Leistungsfähigkeit aufweisen würden (lediglich Einkommensinter-

⁹⁸ Vgl. Tipke, Die Steuerrechtsordnung, Bd. 1, S. 481; Tipke, Die Steuerrechtsordnung, Bd. 2, S. 1173; Pezzer, Rechtfertigung der Körperschaftsteuer, in: FS Tipke, S. 419 ff. (424 f.).

⁹⁹ Jachmann, Steuergesetzgebung, S. 17; Hey, in: H/H/R, Einf. KSt Rn 4; Hennrichs, StuW 2002, 205; Lang, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 4 Rn. 90.

¹⁰⁰ Vgl. hierzu: BFH, BStBl. II 2001, 290.

¹⁰¹ Jachmann, Steuergesetzgebung, S. 21.

¹⁰² Hey, Harmonisierung der Unternehmensbesteuerung in Europa, S. 254 ff.; Mitschke, Erneuerung dt. ESt-Recht, Rn. 19, 27.

mediäre seien¹⁰³), solange die erwirtschafteten Gewinne nicht an die Anteilseigner ausgeschüttet seien, hält einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise nicht stand.

Da das Steuerrecht an zivilrechtliche, ökonomische Vorgänge anknüpft, soll es die zugrunde liegenden wirtschaftlichen Verhältnisse zutreffend widerspiegeln. Dies folgt bereits aus dem allgemeinen Grundsatz der Steuergerechtigkeit, Art. 3 I GG, der durch den Grundsatz der Besteuerung nach der objektiven Leistungsfähigkeit näher konkretisiert wird. Auf diese Weise kann eine gleichheitsrechtskonforme Besteuerung gewährleistet werden. Auch der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung kann hierfür herangezogen werden. So ist die wirtschaftliche Betrachtungsweise auch Bestandteil teleologischer Interpretation der Steuergesetze.¹⁰⁴ Nicht zuletzt findet sie – wenn auch lückenhaft – ihre gesetzliche Verankerung in den Vorschriften der §§ 39 II Nr. 1; 41; 42 AO.

aa) Haftungsbeschränkung und rechtliche Verselbständigung von Kapitalgesellschaften als untaugliches Differenzierungskriterium

Abgesehen von der unterschiedlichen zivilrechtlichen Ausgestaltung der einzelnen Gesellschaftsformen besteht der wirtschaftliche Unterschied zwischen Kapitalgesellschaften (AG, GmbH) und Genossenschaften, die mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet sind, und Personengesellschaften (insbesondere GbR, oHG, KG) zum einen in deren Haftungsbeschränkung¹⁰⁵ und zum anderen in dem Umstand, daß die Eigentumsanteile an der AG (verkörpert in Aktien¹⁰⁶) an Wertpapiermärkten und -börsen gehandelt werden können.

¹⁰³ Mitschke, Erneuerung dt. ESt-Recht, Rn. 27.

¹⁰⁴ Lang, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 5 Rn. 77 ff.

¹⁰⁵ Vgl. § 13 II GmbHG; § 1 I 2 AktG; § 2 GenG.

¹⁰⁶ Vgl. §§ 1 II, 53a ff. AktG.

(1) Haftungsbeschränkung der Kapitalgesellschaften

Die Haftungsbeschränkung der Kapitalgesellschaften vermag eine partielle Unternehmensbesteuerung nur dieser Gesellschaftsformen nicht zu rechtfertigen.¹⁰⁷ Denn sie berührt die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit dieser Gesellschaftsformen nicht. Zudem kann man auch bei Personengesellschaften eine beschränkte Haftung, nämlich die des Kommanditisten in der KG finden, ohne daß dies bisher zum Anlaß genommen wurde, auch die KG der partiellen Unternehmensbesteuerung durch das KStG zuzuführen.¹⁰⁸ Auch läßt sich nicht feststellen, daß die beschränkte Haftung die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von Kapitalgesellschaften steigert oder eine sonstige Auswirkung auf den Gewinn dieser Gesellschaften hat.¹⁰⁹

(2) Rechtliche Verselbständigung der Kapitalgesellschaften

Allein die unterschiedliche zivilrechtliche Rechtsform eines Unternehmens eignet sich nicht zur Rechtfertigung einer (partiellen) Ertragsbesteuerung von Unternehmen.¹¹⁰ Daß der bisherige Ansatz, eine partielle Unternehmensbesteuerung unter Heranziehung der Rechtsform als wesentliches Differenzierungskriterium einzuführen, fehlgeschlagen ist, zeigt sich an der Verbreitung der GmbH & Co. KG in der Praxis.¹¹¹ Die GmbH & Co. KG wurde vom Großen Senat des BFH¹¹² als Personengesellschaft (KG) anerkannt und es wurde klargestellt, daß sie auch dann nicht Körperschaftsteuersubjekt ist, wenn sie als Publikums-KG (diese Gestaltung ist insbesondere bei geschlossenen Immobilienfonds u.ä. zu finden) organisiert ist und insoweit körperschaftliche Strukturen aufweist. Einziger Zweck der Schaffung dieser Gesellschaftskonstruktion ist es, die durch den derzeitigen Dualismus der Unternehmensbesteuerung hervorgerufenen unterschiedlichen steuerlichen Vorteile

¹⁰⁷ Anderer Ansicht: Pohmer, Finanz Archiv Bd. 15 (1955), S. 373 ff. (388).

¹⁰⁸ Wöhe, Betriebswirtschaftliche Steuerlehre, S. 199.

¹⁰⁹ Hey, Harmonisierung der Unternehmensbesteuerung in Europa, S. 258 ff.

¹¹⁰ Vgl. bereits oben 2. Teil, Abschnitt C. sowie: Hey, Harmonisierung der Unternehmensbesteuerung in Europa, S. 246 m.w.N.; Hey, in: H/H/R, EStG/KStG Einf. KSt Rn. 28 m.w.N.; anderer Ansicht: Stüdemann, StuW 1985, S. 141 ff. (155).

¹¹¹ Knobbe-Keuk, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, S. 561 f.; Steuerreformkommission 1971, S. 297 Rn. 16 f.

¹¹² GrS des BFH, BStBl. II 1984, 751; BStBl. II 1995, 794.

von Personen- und Kapitalgesellschaft zu kombinieren und gleichzeitig ihre Nachteile zu vermeiden.¹¹³

Weiterhin ist die Rechtsform, in der die Gesellschaft bzw. das Unternehmen betrieben wird, als Anknüpfungspunkt für eine (nur) partielle Unternehmensbesteuerung auch deshalb untauglich, weil zum einen der BGH¹¹⁴ in zivilrechtlicher Hinsicht zwischenzeitlich die Rechtsfähigkeit der BGB-(Außen-)Gesellschaft anerkannt hat und zum anderen auch die Rechtssubjektivität der Personenhandelsgesellschaften gesetzlich anerkannt ist (vgl. § 124 I HGB).¹¹⁵

Zudem kommt es heute gerade den Aktionären von börsennotierten AG's mit ihrer Mitgliedschaft in der AG als Aktionär weniger auf die Förderung des Gesellschaftszwecks an. Beteiligung an Unternehmen – wie börsennotierten Publikumsgesellschaften oder auch größeren mittelständischen Unternehmen – wird von Anteilseignern im Grunde zur Kapitalanlage vorgenommen. Auf rechtliches Eigentum am Unternehmen kommt es ihnen primär nicht an, auch nicht auf das eigenständige Füllen unternehmerischer Entscheidungen durch den Anteilseigner, sondern vielmehr geht es um den wirtschaftlichen Profit des Investments. In diesem Zusammenhang ist insbesondere darauf hinzuweisen, daß – abgesehen von einer von einem börsennotierten Unternehmen vorgenommenen Kapitalerhöhung – die Investition in die Aktie dem Unternehmen selbst keinen unmittelbaren Wertzuwachs beschert. Denn es werden an der Börse nur Unternehmensanteile von Aktienverkäufer zu Aktienkäufer übertragen, der Erlös fließt dem Aktienverkäufer zu und nicht dem Unternehmen, dessen Anteile verkauft wurden.¹¹⁶

¹¹³ Montag, in: Tipke/Lang, Steuerrecht § 18 Rn. 300 ff.; vgl. hierzu auch: Biermann, in: Lange, Personengesellschaften im Steuerrecht, Rn. 3581 ff.; kritisch zur steuerlichen Behandlung der GmbH & Co. KG auch: Hennrichs/Lehmann, StuW 2007, S. 16 ff. (21).

¹¹⁴ BGH, NJW 2001, S. 1056 ff.

¹¹⁵ Vgl. bereits oben 2. Teil, Abschnitt C. II.

¹¹⁶ Veräußerungsgewinn/-verlust, vgl. § 23 I 1 Nr. 2 EStG. Der An- und Verkauf von Wertpapieren selbst in größerem Umfang begründet grundsätzlich keinen Gewerbebetrieb: BFH/NV 04, 1180.

Es kann somit – insbesondere entgegen der Auffassung Mitschkes¹¹⁷ – nicht generalisierend davon gesprochen werden, daß die Aufsichts- und Geschäftsführungsorgane von Gesellschaften nur Einkommensintermediäre des Gesellschafters seien, denn gerade an vorgenanntem Beispiel wird deutlich, daß insbesondere im Fall von börsennotierten Kapitalgesellschaften die Organe der Gesellschaft letztlich den Gesellschaftszweck und die Gesellschaftsleitung in wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht lenken und zu führen haben und weniger die Anteilseigner insbesondere von Streubesitz¹¹⁸.

(3) Theorie vom „wirtschaftlichen Eigentum“

Aus vorgenannten Gründen kann letztlich auch nicht die Theorie vom „wirtschaftlichen Eigentum“ der Anteilseigner überzeugen, die sich bemüht, bereits die Rechtfertigung einer partiellen Unternehmensbesteuerung durch die derzeitige Körperschaftsteuer zu entkräften.¹¹⁹ Nach dieser Ansicht lasse eine wirtschaftliche Betrachtung bereits keine separate Besteuerung von Körperschaften zu, weil die Kapitalgesellschaften, obgleich rechtlich verselbständigt als juristische Person, im wirtschaftlichen Eigentum der Anteilseigner stehen und die juristische Person somit keine eigene wirtschaftliche Leistungsfähigkeit aufweisen würde¹²⁰.

Die von Personen- oder Kapitalgesellschaften betriebenen Unternehmen haben sich somit nicht nur formal-rechtlich durch ihre jeweilige Rechtsform verselbständigt, sondern vielmehr auch wirtschaftlich. Die Unternehmensgewinne spiegeln in erster Linie den wirtschaftlichen Erfolg der durch das Unternehmen, durch seine Organe getroffenen wirtschaftlichen Entscheidungen wieder, nicht den Erfolg der an ihm beteiligten Anteilseigner. Die von Personen- oder Kapitalgesellschaften

¹¹⁷ Mitschke, Erneuerung dt. ESt-Recht, Rn. 19, 27.

¹¹⁸ So auch: Hey, Harmonisierung der Unternehmensbesteuerung in Europa, S. 251.

¹¹⁹ Greif, Körperschaftsteuerreform und Anrechnungsverfahren, S. 67 ff.; Haller, Die Steuern, S. 167; Ruppe, Die steuerliche Doppelbelastung der Körperschaftsteuererträge, S. 90 ff.; Schredelseker, Finanz Archiv 1972/73, S. 27 ff. (31 ff.); Meichssner, Besteuerung der Kapitalgesellschaftsgewinne, S. 129; Wöhe, ZfBf 1971, S. 502 ff. (507).

¹²⁰ Meichssner, Besteuerung der Kapitalgesellschaftsgewinne, S. 129; Wöhe, ZfBf 1971, S. 502 ff. (507).

betriebsenen Unternehmen besitzen somit eigenständige wirtschaftliche Leistungsfähigkeit.

bb) Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von mittelständischen Unternehmen

Eigene wirtschaftliche Leistungsfähigkeit kann nicht nur bei großen Publikumsgesellschaften festgestellt werden, sondern auch bei mittelständischen, nicht börsennotierten Unternehmen sowie bei Familienunternehmen in Rechtsform der GmbH, oHG, KG usw. Hier hat der Unternehmer, sei es nun aus zivilrechtlichen Haftungsgesichtspunkten oder unter dem Gesichtspunkt, das Unternehmen als solches über Generationen hinweg fortführen zu können, die Entscheidung getroffen, seine unternehmerische Betätigung in eine gesonderte Rechtsform (Kapital- oder Personengesellschaft) auszulagern, um dadurch seine unternehmerischen Ziele zu verwirklichen. Insoweit hat der Unternehmer bewußt eigenständige Leistungsfähigkeit in Gestalt der von ihm gegründeten Gesellschaft geschaffen, indem er sie von seiner sonstigen Leistungsfähigkeit als natürlichen Person (die aus seinem persönlichem Einkommen etwa in Form von Zinsen usw. resultiert) separiert hat.

cc) Eigene wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von Personen- und Kapitalgesellschaften sowie sonstigen juristischen Personen

Sicherlich, es muß zugegeben werden, daß Unternehmen – seien es nun große börsennotierte Publikumsgesellschaften oder börsennotierte Immobilienfonds usw. einerseits oder mittelständische Einzelunternehmen, Familienunternehmen, Genossenschaften usw. andererseits – gleichgültig in welcher Rechtsform sie existieren – ursprünglich irgendwann von (natürlichen) Personen gegründet worden sind. Ferner ist auch richtig, daß an ihnen in der Regel u.a. auch natürliche Personen als Gesellschafter beteiligt sind, was diesen – zivilrechtlich betrachtet – in gewisser Hinsicht Eigentum an dem Unternehmen in Gestalt ihrer Beteiligung als Gesellschafter¹²¹, Aktionär¹²² usw. verschafft.

¹²¹ Vgl. §§ 14 ff. GmbHG, §§ 105, 109 ff.; 161, 163 ff.; 230 HGB; §§ 705, 718 BGB; §§ 1 I, 18 ff. GenG (Mitglied).

¹²² Vgl. §§ 1 II, 53a ff. AktG.

Allerdings bedeutet dies per se noch lange nicht, daß alle von diesen Unternehmen erwirtschafteten Gewinne, selbst wenn sie einmal an die Anteilseigner bzw. Gesellschafter ausgeschüttet werden sollten, einzig und allein nur auf der Leistungsfähigkeit der Anteilseigner beruhen.

Bereits der historische Gesetzgeber hat bei der Einführung des Körperschaftsteuergesetzes im Jahr 1920, in einer Zeit, wo sich wirtschaftliche Betätigungen in Gestalt von Gesellschaften mit und ohne eigener Rechtspersönlichkeit erst etablierten¹²³, erkannt, daß in Form von Gesellschaften geführte Unternehmen immer mehr darüber hinauswachsen, eine bloße Hilfsform in der Wirtschaftstätigkeit der natürlichen Personen – ihrer Gründer – zu sein, sondern daß sie sich vielmehr ihre eigenen Aufgaben und Zwecke stellen, sich in Verfolgung dieser Zwecke über ihre ursprüngliche Grundlage hinaus ausdehnen und zum Teil sich in Gegensatz zu den an ihnen beteiligten natürlichen Personen stellen.¹²⁴

Denn erst durch den organisierten Zusammenschluß der Kapitalgeber (= Anteilseigner/Gesellschafter) zu einem Verbund (= Gesellschaft), der einheitlich unter einem eigenen Namen (= Firma, vgl. §§ 17 I, 6 I HGB) am Markt auftreten kann, ist eine größere und rentablere unternehmerische Betätigung am Markt möglich, die zu völlig anderen Ertragsmöglichkeiten führen kann, als wenn jeder einzelne Kapitalgeber – gerade unter Konkurrenzgesichtspunkten – für sich allein versuchen würde, mit derselben Geschäftsidee am freien Markt aufzutreten. Zudem kann gerade die Firma, unter der das Unternehmen in seiner Gesamtheit am Markt auftritt, als Marke insbesondere zu Kundenbindungs- und Wiedererkennungszwecken fungieren. Die wirtschaftliche Bedeutung dieser Umstände findet ihren Niederschlag insbesondere im Bilanzrecht, wo gesetzlich anerkannt ist, daß der Geschäfts-

¹²³ Vgl. bereits oben 2. Teil, Abschnitt A.

¹²⁴ Vgl. Drucksache der Deutschen Nationalversammlung Bd. 341, Anlagen zu den stenographischen Berichten, 1920, S. 14; abgedruckt bei: *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung Bd. 2, S. 1165 sowie oben, 3. Teil, Abschnitt A. I. 1.

oder Firmenwert („Good Will“) aktiviert werden kann, § 255 IV HGB.¹²⁵ Nach der Rechtsprechung des BFH stellt der Geschäfts- oder Firmenwert einen Mehrwert des Unternehmens dar, der einem (gewerblichen) Unternehmen über den Substanzwert der materiellen und immateriellen Einzelwirtschaftsgüter abzüglich der Schulden hinaus innewohnt, als Verkörperung der aus den Ergebnissen der Vergangenheit abzuleitenden künftigen Gewinnchancen des Unternehmens. Diese Chancen bestehen losgelöst von der Person des Unternehmers auf Grund besonderer, dem Unternehmen eigener Vorteile, wie zum Beispiel dem Ruf des Unternehmens, dem Kundenkreis, die Organisation usw.¹²⁶ Der Geschäfts- oder Firmenwert kommt darin zum Ausdruck, daß sich für ein Unternehmen Umstände auswirken, die es erlauben, einen Gewinn zu erzielen, der höher ist als die angemessene Verzinsung des eingesetzten Eigenkapitals zuzüglich der Verwertung der Arbeitskraft des Unternehmers.¹²⁷ Es handelt sich hierbei sozusagen um die kapitalisierte Überrendite eines Unternehmens.¹²⁸ Derartige Vorteile könnten die Kapitalgeber, wenn sie jeweils selbständig am Markt auftreten würden, nicht erzielen. Da die Bilanzierungsvorschriften der §§ 238 ff. HGB für alle Kaufleute (§ 1 HGB) gelten, gelten sie somit nicht nur für Kapitalgesellschaften wie die GmbH oder die AG sondern vielmehr auch für Personengesellschaften wie die oHG oder die KG, § 1 i.V.m. § 6 I HGB. Folglich besitzen sowohl die Kapitalgesellschaften als auch die Personengesellschaften einen Geschäfts- oder Firmenwert, der ein Zeichen ihrer eigenen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit darstellt.

¹²⁵ Allerdings ist darauf hinzuweisen, daß die handelsrechtliche Qualifizierung des Geschäfts- oder Firmenwerts (GFW) als immaterieller Vermögensgegenstand des Anlagevermögens durch § 255 IV i.V.m. § 266 II HGB nicht bewirkt, daß er stets in den Jahresabschluß aufzunehmen und unter dem Anlagevermögen aufzuweisen ist. Zum einen steht dem das Bilanzierungsverbots des § 248 II HGB für den selbstgeschaffenen oder unentgeltlich erworbenen GFW entgegen, zum anderen besteht auch für den entgeltlich erworbenen GFW nur ein Ansatzwahlrecht, weil die Bewertung auf Grund des Wahlrechts nach § 255 IV 1 HGB auch mit Null erfolgen darf (*Ellrot/Schmidt-Wendt*, in: B/E/F/H, Beck'scher Bilanzkommentar, § 247 Rn. 401). Auch steuerrechtlich besteht insofern kein Unterschied, als der originäre GFW nicht aktiviert werden darf, der entgeltlich erworbene GFW hingegen aktiviert werden muß (*Weber-Grellet*, in: Schmidt, EStG § 5 Rn. 222).

¹²⁶ BFH, BStBl. II 1996, 576; BStBl. II 1982, 652.

¹²⁷ BFH, BStBl. II 1980, 690.

¹²⁸ FG Hamburg, EFG 1986, 551.

dd) Keine eigenständige wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von unternehmerischen oder selbständigen Betätigungen natürlicher Personen

Von eigenständiger Leistungsfähigkeit kann hingegen nicht bei einem Einzelunternehmer, Selbständigen (Freiberufler) oder Landwirt gesprochen werden, weil diese ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht separiert – in andere Rechtsform ausgelagert – haben. Die Klassifizierung in Einkünfte aus Gewerbebetrieb, § 2 I 1 Nr. 2 i.V.m. § 15 I 1 Nr. 1 EStG (Einzelunternehmer), Einkünfte aus selbständiger Arbeit, § 2 I 1 Nr. 3 i.V.m. § 18 I EStG (Selbständige) und Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft, § 2 I 1 Nr. 1 i.V.m. § 13 (Landwirte) findet ihren Ursprung in den Einkunftsarten des EStG.¹²⁹ Die vorgenannten Einkunftsarten des § 2 I EStG haben jedoch die Gemeinsamkeit, daß sie das Einkommen der natürlichen Person in Gestalt der unterschiedlichen wirtschaftlichen Betätigung der natürlichen Person erfassen und somit die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der natürlichen Person widerspiegeln. Sie sind die steuerrechtlichen Zugangstatbestände für einen einheitlichen Belastungsgrund der erfolgreichen Nutzung einer marktabhängigen Erwerbsgrundlage und haben somit systemprägende Kraft für das gesamte EStG und seine Anwendung.¹³⁰ Daher kann in ein eigenständiges Unternehmenssteuerrecht, was seine Grundlage bzw. Rechtfertigung in der eigenen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Personen- bzw. Kapitalgesellschaften findet, nicht die unternehmerische oder selbständige Betätigung natürlicher Personen einbezogen werden.

Aus diesem Grund ist insbesondere das Reformmodell der Stiftung Marktwirtschaft für eine „allgemeine Unternehmenssteuer“¹³¹ abzulehnen. In das Steuersubjekt dieser „allgemeinen Unternehmenssteuer“ sollten nicht nur Personen- und Kapitalgesellschaften

¹²⁹ Vgl. zur Frage der Ungleichbehandlung der verschiedenen Arten von Einkünften natürlicher Personen und deren Rechtfertigungsgründe im einzelnen: Tipke, Die Steuerrechtsordnung Bd. 2, S. 679 ff.

¹³⁰ Kirchhof, in: Kirchhof, EStG-Kompaktcommentar, § 2 Rn. 22, 25.

¹³¹ Vgl. hierzu: Stiftung Marktwirtschaft: Kommission Steuergesetzbuch Steuerpolitisches Programm, S. 16 ff., abrufbar unter: <http://www.stiftung-marktwirtschaft.de>; Homburg, BB 2005, S. 2382 ff. (2385 ff.); Hey, StuB 2006, S. 267 ff.

einbezogen werden, sondern auch die Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb und selbständiger Arbeit.¹³²

4. Kein Rückgriff auf das Äquivalenzprinzip zur Rechtfertigung einer Unternehmensbesteuerung

Es bedarf aus vorgenannten Gründen¹³³ auch nicht des Rückgriffs auf das Äquivalenzprinzip zur Rechtfertigung einer Unternehmensbesteuerung.

Anhänger des Äquivalenzprinzips¹³⁴ rechtfertigen bereits die Einführung einer partiellen Unternehmensbesteuerung in Form der Körperschaftsteuer unter dem Gesichtspunkt der Assekuranz- oder Vertragstheorie, indem sie Steuern als Entgelt für staatliche Leistungen auffassen. Sie begreifen insbesondere die Körperschaftsteuer als Äquivalent für die Bereitstellung und Inanspruchnahme öffentlicher Güter durch diese Unternehmen.¹³⁵

Nicht nur unter dem Gesichtspunkt der Anknüpfung an die eigene wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der von Gesellschaften betriebenen Unternehmen vermag diese Auffassung nicht zu überzeugen. Weiterhin spricht gegen den Rückgriff auf das Äquivalenzprinzip zur Rechtfertigung einer Unternehmensbesteuerung, daß letztlich jede erwerbswirtschaftliche Tätigkeit, sei sie nun von natürlichen Personen oder von Gesellschaften ausgeübt, von der Bereitstellung öffentlicher Güter profitiert.¹³⁶ Der Staat legt letztlich für alle Staatsbürger die rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen fest, aufgrund

¹³² Hey, StuB 2006, S. 267 ff. (270).

¹³³ Vgl. oben 3. Teil, Abschnitt A. III. 3.

¹³⁴ Tipke, Die Steuerrechtsordnung Bd. 2, S. 1193 ff. (1197); Flume, DB 1971, S. 692 ff. (693); Schmidt, Finanz Archiv 1962/63, S. 36 ff. (51).

¹³⁵ Tipke, Die Steuerrechtsordnung Bd. 2, S. 1193 ff. (1197) will unter diesen Gesichtspunkt das Äquivalenzprinzip zur Rechtfertigung einer Unternehmensbesteuerung insgesamt heranziehen.

¹³⁶ Pezzer, Rechtfertigung der Körperschaftsteuer, in: FS Tipke, S. 419 ff. (425); Schneider, StuW 1975, S. 106; Hey, in: H/H/R, EStG/KStG Einf. KSt Rn. 20; Hey, Harmonisierung der Unternehmensbesteuerung in Europa, S. 256 ff.

derer dann sowohl natürliche Personen als auch Gesellschaften ihre Einkünfte erzielen können.

Zudem trägt der (unnötige) Rückgriff auf das Äquivalenzprinzip dazu bei, die Unterscheidung zwischen Steuern und Vorzugslasten (Beiträgen und Gebühren) zu verwischen. Steuern dienen im Allgemeinen dazu, den öffentlichen Finanzbedarf zu decken. Steuern sind per definitionem Geldleistungen, die nicht eine Gegenleistung für eine besondere Leistung darstellen, was eng zusammenhängt mit dem Merkmal „zur Erzielung von Einnahmen“, § 3 I 1 AO. So hat das BVerfG¹³⁷ selbst für Zwecksteuern (wie die Mineralölsteuer, deren Aufkommen zum Teil zweckgebunden für die Unterhaltung der Straßen eingesetzt wird¹³⁸) entschieden, daß sogar die Zweckbindung des Aufkommens einer Steuer mit der Folge, daß die Leistung dem Steuerpflichtigen mittelbar wieder zugute kommt, keine Gegenleistung darstellt. Schließlich läßt sich auch nicht konkret erfassen, welcher Anteil am Ertrag bzw. Gewinn eines Unternehmens unter äquivalenztheoretischen Gesichtspunkten auf die Bereitstellung und Inanspruchnahme öffentlicher Güter durch diese Unternehmen entfällt.

Das Äquivalenzprinzip ist somit nicht geeignet, eine selbständige Ertragsbesteuerung der von Gesellschaften betriebenen Unternehmen zu begründen.¹³⁹ Vielmehr können äquivalenztheoretische Gesichtspunkte zur generellen Rechtfertigung herangezogen werden, daß der Staat überhaupt Steuern erhebt.

¹³⁷ BVerfGE 49, 343 ff. (353 f.); BVerfGE 20, 257 ff. (269); vgl. auch: BFH, BStBl. II 1953, 183; BVerwGE 58, 230 ff. (234).

¹³⁸ Vgl. § 1 Straßenbaufinanzierungsgesetz, BGBl. I 1963, S. 955; Art. 3 Verkehrsfinanzierungsgesetz 1971, BGBl. I 1973, S. 688; BGBl. I 1981, S. 537.

¹³⁹ So auch: Schipporeit, StuW 1980, S. 190 ff. (193); Vodrazka, StuW 1971, S. 235 ff. (240); Hey, Harmonisierung der Unternehmensbesteuerung in Europa, S. 260 ff. (262).

IV. Zusammenfassung

Theoretisch ist es zwar grundsätzlich denkbar, Unternehmen ungeachtet ihrer Rechtsform in (ertrag-)steuerlicher Hinsicht als „vollkommen transparent“ aufzufassen und im Sinne eines vollständigen Integrationsmodells („Teilhabersteuer“)¹⁴⁰ jegliche Einkünfte von Unternehmen ausschließlich bei deren Anteilseignern ertragsteuerlich zu erfassen und zu besteuern. Einem derartigen Ertragsteuermodell stehen allerdings zwei erhebliche Nachteile entgegen: Zum einen kann sich – bei den zahlreichen Formen von Beteiligungen an Unternehmen – die Einkünfteermittlung und Einkünftezuordnung zu den jeweiligen Anteilseignern – insbesondere bei verbundenen Unternehmungen und Konzernen – als äußerst schwierig gestalten. Hinzu kommt, daß bei einer zunehmenden Zahl an Anteilseignern die Frage der Einkünfteermittlung und Einkünftezuordnung fast unlösbar wird. Dies macht dieses Integrationsmodell völlig unpraktikabel. Daher hat auch kein Land ein derartiges vollständiges Integrationsmodell im Rahmen der Ertragsbesteuerung der Unternehmen eingeführt.¹⁴¹

Eine eigenständige Ertragsbesteuerung der von Gesellschaften betriebenen Unternehmen hat insbesondere den praktischen Vorteil, daß die Gesellschaften als Steuersubjekt und Steuerschuldner leichter identifizierbar sind als allein ihre Anteilseigner. Weiterhin ist auch die Einkünfteermittlung bei den Gesellschaften einfacher, weil ihnen eigene Buchführungs- und Rechnungslegungspflichten¹⁴² obliegen.

¹⁴⁰ Das Modell der „Teilhabersteuer“ wurde maßgeblich vertreten von: Engels/Stützel, Teilhabersteuer. Neuerdings für eine Integration der Körperschaftsteuer in die Einkommensteuer durch die Fiktion einer „steuerjuristischen Person“ aber auch: *Kirchhof*, Einkommensteuer, Gesetzbuch, S. 44 ff., 202 ff.; ders., StuW 2002, S. 3 ff. (14 ff.); ders., StbJb. 2002/03, S. 7 ff. (21, 26); ders., DStR 2003, Beihefter 5 zu Heft 37/2003. Vgl. hierzu bereits oben 3. Teil, Abschnitt A. III. 2. b).

¹⁴¹ *Cooper/Gordon*, in: Thuronyi, Tax Law Design and Drafting, S. 817.

¹⁴² Vgl. §§ 140 ff. AO, §§ 238 ff. HGB sowie die internationalen Buchführungs- und Rechnungslegungsstandards IFRS und US-GAAP.

Andererseits eignet sich allein die unterschiedliche zivilrechtliche Rechtsform eines Unternehmens nicht zur Rechtfertigung einer partiellen Ertragsbesteuerung von Unternehmen, wie sie derzeit in Deutschland praktiziert wird.¹⁴³ Von Gesellschaften – gleichgültig welcher Rechtsform – betriebene Unternehmen besitzen eigene wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Diese rechtfertigt und gebietet es, nicht nur eine partielle Unternehmensbesteuerung, sondern vielmehr eine eigenständige, alle Gesellschaftsformen gleichermaßen umfassende einheitliche Ertragsbesteuerung von Unternehmen einzuführen.

¹⁴³ Vgl. bereits oben 2. Teil, Abschnitt C. sowie: Hey, Harmonisierung der Unternehmensbesteuerung in Europa, S. 246 m.w.N.

B. Was sollte ein Ertragssteuerrecht für Unternehmungen leisten?

Nachdem nunmehr festgestellt wurde, daß das Leistungsfähigkeitsprinzip die These trägt, ein eigenständiges Ertragssteuerrecht für von Gesellschaften betriebene Unternehmen einzuführen, stellt sich die Frage, was ein solches Unternehmenssteuerrecht leisten soll. Dieser Frage soll nachfolgend systematisch unter Berücksichtigung bisher anerkannter Gestaltungsprinzipien der Unternehmensbesteuerung nachgegangen werden.

I. Rechtsformneutralität und Unternehmensbesteuerung

1. Rechtsformneutralität im Rahmen der Neutralitätspostulate

Ausgehend von der bereits vor über 200 Jahren von James Mill formulierten sog. „Edinburgher Regel“ („Leave them as you find them“-rule of taxation), die vom Staat Zurückhaltung fordert, sich generell nicht in die vorgefundenen Verhältnisse einzumischen, hat sich zunehmend die Forderung nach (relativer) Neutralität der Besteuerung sowohl in der Betriebswirtschaftslehre als auch in der Steuerrechtswissenschaft durchgesetzt.¹⁴⁴

a) Die einzelnen Neutralitätspostulate

Im Rahmen der Diskussion um die Frage der Ausgestaltung der Unternehmensbesteuerung wurde schon vor langer Zeit insbesondere das Postulat der Rechtsformneutralität der Unternehmensbesteuerung ein-

¹⁴⁴ Vgl. hierzu: Hey, in: H/H/R, EStG/KStG, Einf. KSt Rn. 37 m.w.N.

geführt.¹⁴⁵ Häufig wird es im Zusammenhang mit anderen Neutralitätspostulaten, denen ein Unternehmenssteuerrecht gerecht werden sollte, gebraucht. Neben dem Postulat der Rechtsformneutralität sind dies u.a.: die Wettbewerbsneutralität, die Finanzierungsneutralität sowie die Allokationsneutralität.¹⁴⁶

aa) Finanzierungsneutralität

Finanzierungsneutralität umschreibt die Forderung, daß unternehmerische Finanzierungsentscheidungen im Hinblick auf Eigen- oder Fremdfinanzierung dieselben steuerlichen Folgen auslösen.¹⁴⁷ Sie soll dann erreicht sein, wenn das Entgelt für die Kapitalüberlassung – Zinsen bei Fremdfinanzierung, Dividende bei Eigenfinanzierung – sowohl hinsichtlich der Belastung auf der Ebene des Unternehmens als auch bei dem Kapitalgeber bzw. Anteilseigner gleich behandelt wird.

bb) Allokations- bzw. Verwendungsneutralität

Allokationsneutralität oder Verwendungsneutralität beschreibt die Forderung nach gleichen steuerlichen Folgen im Rahmen von unternehmerischen Gewinnverwendungsentscheidungen im Hinblick auf Ausschüttung oder Thesaurierung von Unternehmensgewinnen.¹⁴⁸ In diesem Zusammenhang wird in der Literatur¹⁴⁹ immer wieder der sog. Großaktionäreffekt, der den Interessenkonflikt zwischen den verschiedenen an einem Unternehmen beteiligten und in unterschiedlicher Weise auf Ausschüttungen angewiesenen Gruppen beschreiben soll, und der sog. Einsperreffekt (Look-in-Effekt) diskutiert. Dieser „Einsperreffekt“ wird insbesondere gegen das durch das Steuersenkungsgesetz vom 23.10.2000¹⁵⁰ zur Besteuerung der Ausschüttungen von

¹⁴⁵ Vgl. Schanz, Die Steuern in der Schweiz I, S. 91; Walz, Empfiehlt sich eine rechtsformunabhängige Besteuerung der Unternehmen?, DJT 1980, Gutachten F; Hey, Harmonisierung der Unternehmensbesteuerung in Europa, S. 124 ff.

¹⁴⁶ Hey, Harmonisierung der Unternehmensbesteuerung in Europa, S. 124 ff.; Wagner, StuW 2006, S. 101 (102 ff.).

¹⁴⁷ Hey, in: H/H/R, EStG/KStG, Einf. KSt Rn. 39.

¹⁴⁸ Hey, in: H/H/R, EStG/KStG, Einf. KSt Rn. 40.

¹⁴⁹ Pezzer, StuW 1976, S. 311 ff. (312); Stäuber, GmbHR 1974, S. 197; Seidl, StuW 1989, S. 350 ff. (355).

¹⁵⁰ BGBl. I 2000, S. 1433.

Körperschaften bzw. Kapitalgesellschaften beim Anteilseigner in das EStG¹⁵¹ eingeführte Halbeinkünfteverfahren angeführt¹⁵².

cc) Wettbewerbsneutralität

Der Begriff Wettbewerbsneutralität dient wiederum als Oberbegriff für Steuerneutralität bzw. Entscheidungsneutralität.¹⁵³ Hierunter wird das Verbot der Beeinflussung der Wettbewerbssituation konkurrierender Unternehmen durch das Steuerrecht verstanden.¹⁵⁴ Das Gebot der Wettbewerbsneutralität wird auch verfassungsrechtlich als Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 I GG)¹⁵⁵ abgesichert. Konkurrierende Unternehmen sollen an ihrem wirtschaftlichen Erfolg gemessen gleich belastet werden. Dies kann insbesondere bei der Frage nach dem Steuertarif im Rahmen der Unternehmensbesteuerung von Bedeutung sein.

dd) Gemeinsamkeiten der Neutralitätspostulate

Allen vorgenannten Neutralitätspostulaten gemein ist, daß sie Fundamentalanforderungen an ein ökonomisch rationales, leistungsfähiges Steuersystem darstellen. Wie bereits in der Einleitung ausgeführt, greift das Steuerrecht in alle Lebensbereiche von Personen oder Unternehmen ein.¹⁵⁶ Bezogen auf das Unternehmenssteuerrecht nimmt es unmittelbar oder mittelbar Einfluß auf unternehmerische Entscheidungen, wie etwa Unternehmensakquisitionen, Investitionen, Standortentscheidungen, Schaffung von Arbeitsplätzen und vielem mehr. Die vorgenannten Neutralitätspostulate – einzeln wie auch in ihrer Gesamtheit – sollen zum Ausdruck bringen, daß das Steuerrecht als solches einen möglichst geringen Einfluß auf unternehmerische Entscheidungen ausüben sollte.

¹⁵¹ Vgl. § 3 Nr. 40 EStG (Halbeinkünfteverfahren).

¹⁵² Vgl. hierzu: Hey, Reform des Körperschaftsteuersystems, S. 5 ff. (12).

¹⁵³ Lang, StuW 1990, S. 107 ff. (115, 118); Hey, Harmonisierung der Unternehmensbesteuerung in Europa, S. 124.

¹⁵⁴ Hey, in: H/H/R, EStG/KStG, Einf. KSt Rn. 38.

¹⁵⁵ So das BVerfG in ständiger Rechtsprechung, vgl. etwa: BVerfGE 16, 147; BVerfGE 21, 12; BVerfGE 21, 54; BVerfGE 43, 58.

¹⁵⁶ Vgl. bereits oben 1. Teil.

b) Wettbewerbsneutralität und Steuervergünstigungen

Gerade die Forderung nach Wettbewerbsneutralität mit ihrer Ausprägung in Form der Steuerneutralität bzw. Entscheidungsneutralität sollte gerade in einem zeitgemäßen Unternehmenssteuerrecht eine Hauptrolle einnehmen. Seit den 50iger Jahren und bis heute wird das Steuerrecht (immer mehr) mit wirtschafts- und wettbewerbsleitenden Sozialzwecknormen versehen.¹⁵⁷ So werden etwa Steuervergünstigungen für einzelne Wirtschaftszweige gewährt, für andere hingegen nicht, was zu Wettbewerbsverzerrungen führen kann.¹⁵⁸

Auch auf internationaler Ebene können derartige Bestrebungen festgestellt werden, was in diesem Zusammenhang auch mit dem Begriff „Wettbewerb der Steuersysteme“ umschrieben wird.¹⁵⁹ Infolge der zunehmenden Globalisierung der Weltwirtschaft in den letzten Jahrzehnten hat sich der „Wettbewerb“ zwischen einzelnen Staaten um mobile Produktionsfaktoren ganz erheblich verschärft. Internationale Steuerunterschiede können zur Nichtbesteuerung erheblicher Teile von Kapital- oder Unternehmensvermögen führen sowie zu Gewinnverlagerungen in niedrig besteuerte ausländische Staaten. Am besten betrachten kann man dies etwa an den Erweiterungsdiskussionen der Europäischen Union. Nach dem Beitritt der Tschechei und anderer osteuropäischer Staaten zur Europäischen Union zum 01.05.2004¹⁶⁰ wurden Unternehmen Investitionen in einigen dieser Beitrittsländer dadurch schmackhaft gemacht, daß sie dort verhältnismäßig günstige steuerliche Rahmenbedingungen erhielten, was allerdings einige der neuen Beitrittsstaaten durch EU-Zuschüsse gegenfinanzierten.¹⁶¹

¹⁵⁷ Man betrachte beispielsweise nur: Förderung einzelner Produktions- und Handelszweige: §§ 13 III; 13a; 14a; 34b I Nr. 1, III EStG; § 5 I Nr. 14 KStG; § 3 Nrn. 8, 12, 14 GewStG; Eigenheimförderung durch das Eigenheimzulagengesetz (nunmehr abgeschafft durch Gesetz zur Abschaffung der Eigenheimzulage vom 22.12.2005, BGBl. I 2005, S. 3680); Auslandsinvestitionsgesetz v. 18.08.1969 (BGBl. I 1969, S. 1214; weitere Beispiele bei: Hey, in: Tipke/Lang, Steuerrecht § 19 Rn. 7 f.

¹⁵⁸ Vgl. bereits: Hey, Harmonisierung der Unternehmensbesteuerung in Europa, S. 125 f.; Hey, in: Tipke/Lang, Steuerrecht § 19 Rn. 1 ff.

¹⁵⁹ Hierzu: Selling, IStR 2000, S. 225 ff.

¹⁶⁰ Beitrittsvertrag vom 17.04.2003, ABl. EG 2003, Nr. L 236 vom 23.09.2003.

¹⁶¹ Vgl. hierzu: Weber-Grellet, Europäisches Steuerrecht, § 23 Rn. 30 ff.

c) Stellungnahme

Neutralitätspostulate wie die Forderung nach Wettbewerbsneutralität als solche bewirken jedoch nicht per se ein leistungsfähiges Unternehmenssteuerrecht.

Solange man nicht eine grundlegende, systematische Analyse gerade der Unternehmensbesteuerung vornimmt, laufen die vorgenannten Neutralitätspostulate für sich genommen vollständig ins Leere. Ein leistungsfähiges Unternehmenssteuerrecht wird vielmehr erst durch die konkrete Umsetzung eines stimmigen Besteuerungssystems erreicht, was allerdings bis heute erheblichen Schwierigkeiten begegnet, wie bereits die rechtshistorische Betrachtung¹⁶² zeigte.

Meines Erachtens sind die vorgenannten Neutralitätspostulate insgesamt dahingehend zu verstehen, daß das Steuerrecht sich wieder auf seine „Kernaufgabe“ zurückbesinnt, nämlich primär in fiskalischer Hinsicht für die staatliche Geldbeschaffung zu sorgen und weniger lenkungstechnische Eingriffe vorzunehmen. Gerade wirtschaftspolitisch motivierte Steuervergünstigungen verzerren per se den Wettbewerb (weil sie mit dieser Motivation eingeführt worden sind), stören den Marktmechanismus und verhindern Selbstverantwortung und das Vertrauen in die eigene Leistungsfähigkeit, gerade von Unternehmen. Insoweit sind sie mit den Grundsätzen der Marktwirtschaft nicht vereinbar. Daher sollte soweit wie möglich auf wirtschaftspolitisch motivierte Steuervergünstigungen verzichtet werden, insbesondere auch weil sie den Grundsätzen der Gleichmäßigkeit der Besteuerung sowie dem Leistungsfähigkeitsprinzip zuwiderlaufen können.¹⁶³

¹⁶² Vgl. bereits oben 2. Teil.

¹⁶³ Für die Abschaffung von Steuervergünstigungen treten auch ein: Seer, StuW 1995, S. 184 ff. (193); Jachmann, StuW 1998, S. 193 (201); Tipke, Die Steuerrechtsordnung Bd. 2, S. 844 ff.; Elicker, Proportionale Netto-Einkommensteuer, § 1 Rn. 3.

2. Bedeutung und verfassungsrechtlicher Ursprung der Rechtsformneutralität

In die Diskussion der Unternehmensbesteuerung ist auch das Gebot der Rechtsformneutralität der Unternehmensbesteuerung eingeführt worden.

a) Bedeutung

Zunächst stellt sich jedoch die Frage nach dem Sinngehalt des Begriffs „Rechtsformneutralität“ im Rahmen der Unternehmensbesteuerung.

Dies kann zum einen dahingehend beantwortet werden, daß Rechtsformneutralität das Prinzip der Gleichbelastung aller Unternehmen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform bedeutet.¹⁶⁴ Andererseits kann Rechtsformneutralität auch für Entscheidungsneutralität stehen¹⁶⁵. Neutralität in dem Sinne, daß ein Unternehmer nicht gezwungen ist bzw. sein soll, sich für eine bestimmte Rechtsform zu entscheiden, die im Rahmen der Steuerplanung die für seine Unternehmung günstigsten Ergebnisse liefert. In dieser Hinsicht wird insbesondere von der Betriebswirtschaftslehre gefordert, daß der Unternehmer unabhängig von steuerlichen Gesichtspunkten allein anhand der Wirtschaftlichkeit einer Investition entscheiden soll.¹⁶⁶ Dadurch würde das Gebot der Rechtsformneutralität auch das Gebot der Wettbewerbsneutralität konkretisieren.¹⁶⁷ Allerdings sind Rechtsformneutralität und Wettbewerbsneutralität keine Synonyme: Wenn alle Rechtsformen gleich behandelt werden ist Rechtsformneutralität zwar erreicht, nicht zwingend jedoch auch Wettbewerbsneutralität.¹⁶⁸

b) Verfassungsrechtlicher Ursprung

Aus den vorgenannten zwei Bedeutungen des Grundsatzes der Rechtsformneutralität im Rahmen der Unternehmensbesteuerung kann also gefolgert werden, daß Rechtsformneutralität in verfassungsrechtlicher

¹⁶⁴ Tipke, Die Steuerrechtsordnung Bd. 2, S. 1198.

¹⁶⁵ Wagner, StuW 2006, S. 101 (102 ff.)

¹⁶⁶ Schneider, Investition, Finanzierung und Besteuerung, S. 193 ff.

¹⁶⁷ So Hey, in: H/H/R, EStG/KStG, Einf. KSt Rn. 38.

¹⁶⁸ Elschen/Hüchtebrock, Finanz Archiv Bd. 41 (1983), S. 253 (257).

Hinsicht zweierlei Ursprünge hat. Zum einen einen gleichheitsrechtlichen Ursprung im Hinblick auf Art. 3 I GG und zum anderen einen freiheitsrechtlichen Ursprung im Hinblick auf die Art. 2, 12 I und 14 I GG. Darüber hinaus leitet der EuGH in europarechtlicher Hinsicht aus dem Gesichtspunkt der Niederlassungsfreiheit aus Art. 43 I 2 EGV ein Gebot der Gleichwertigkeit der Niederlassung in unterschiedlicher Rechtsform ab.¹⁶⁹

aa) Literatur

Ein Teil der Literatur¹⁷⁰ leitet den Grundsatz der Rechtsformneutralität gleichheitsrechtlich direkt aus Art. 3 I GG ab. Rechtsformneutralität wird in diesem Zusammenhang verstanden als „gleiche Besteuerung bei gleichen juristisch-ökonomischen Sachverhalten“¹⁷¹. Der Grundsatz der Rechtsformneutralität wird unter diesem Ansatzpunkt im Hinblick auf die Unternehmensbesteuerung als verletzt angesehen, weil die derzeitige (partielle) Unternehmensbesteuerung an die Rechtsform, in der eine Unternehmung betrieben wird, anknüpft und dadurch zu erheblichen Belastungsunterschieden und Wettbewerbsverzerrungen insbesondere zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften führt.¹⁷²

Daneben wird das Gebot der Rechtsformneutralität von Teilen der Literatur¹⁷³ auch aus freiheitsrechtlichen Gesichtspunkten gefordert. Belastungsunterschiede zwischen den Rechtsformen verzerren die Rechtsformentscheidung und reduzieren dadurch mittelbar die aus Art. 12 I, 14 I und 2 I GG abgeleitete ökonomische Handlungsfreiheit.

¹⁶⁹ Vgl. bereits: EuGH Urt. v. 28.01.1986 Rs. 270/83, EuGHE 1986, S. 273 („avoir fiscal“); sowie: EuGH, Urt. v. 10.03.1988 Rs. 81/87, EuGHE 1988, S. 5483 („Daily Mail“); EuGH Urt. v. 29.04.1999 Rs. C-311/97, IWB F. 11a (1999) S. 347 („Royal Bank of Scotland“).

¹⁷⁰ Lang, StuW 1990, S. 107 ff. (115 f.); Pelka/Jachmann, DStJG 23 (2000), S. 9 ff. (41 f.); Hey, DStJG 24 (2001), S. 155 ff. (166 ff., 180); Balmes, Rechtsformneutralität der Unternehmensbesteuerung, in: Pelka, Unternehmenssteuerreform, S. 25 ff. (33 ff.); Hey, in: Tipke/Lang, Steuerrecht § 18 Rn. 532.

¹⁷¹ Lang, StuW 1990, S. 107 ff. (116).

¹⁷² Vgl. im Einzelnen bereits oben 2. Teil.

¹⁷³ Birk, StuW 2000, 328 ff. (333 f.); Jachmann, Steuergesetzgebung, S. 62; Weber, JZ 1980, S. 545 ff. (547); Selmer, AöR 101 (1976), S. 399 ff. (423 ff.).

Zuletzt wurde auch die Vereinigungsfreiheit, Art. 9 I GG, als weitere freiheitsrechtliche Grundlage des Gebots rechtsformneutraler Besteuerung eingeführt.¹⁷⁴ Die Vereinigungsfreiheit aus Art. 9 I GG in Gestalt der negativen Vereinigungsfreiheit gewährte dem Einzelunternehmer, nicht in eine Vereinigung gedrängt zu werden. Weiterhin beinhaltet die (negative) Vereinigungsfreiheit den Schutz der einmal gewählten Rechtsform auch gegenüber dem sich aus einer veränderten Steuerrechtslage ergebenden faktischen Umwandlungszwang.

bb) BVerfG

Das BVerfG hat in seinen bisherigen Entscheidungen die Freiheitsrechte zur Überprüfung rechtsformabhängiger Besteuerung nicht herangezogen, sondern die Frage der rechtsformabhängigen Besteuerung verfassungsrechtlich allenfalls im Rahmen einer gleichheitsrechtlichen Beurteilung nach Art. 3 I GG erörtert. Dabei hat das BVerfG die derzeitige rechtsformabhängige Unternehmensbesteuerung grundsätzlich nicht beanstandet und das dualistische System der Unternehmensbesteuerung unter Anknüpfung an die zivilrechtliche Rechtsform als vorgegeben hingenommen.¹⁷⁵ Allerdings war in diesen vom BVerfG entschiedenen Fällen der Dualismus von Körperschaft- und Einkommensteuer nicht streitentscheidend; vielmehr ging es um die Frage, ob innerhalb der Kapitalgesellschaften Differenzierungen zwischen personenbezogenen und anonymen Kapitalgesellschaften zulässig sind, was allerdings auch im Hinblick auf die Vergleichbarkeit personenbezogener Kapitalgesellschaften mit Personengesellschaften abgelehnt wurde.¹⁷⁶

In seiner Entscheidung zur Schwarzwaldklinik¹⁷⁷ im Jahr 1999 hat das BVerfG sodann den Grundsatz rechtsformneutraler Besteuerung verfassungsrechtlich aus Art. 3 I GG etabliert. Danach sei die Rechtsform kein geeigneter Anknüpfungspunkt für unterschiedliche Steuer-

¹⁷⁴ Kirchhof, StuW 2000, S. 221 ff. (230); Waldhoff, StuW 2000, S. 217 ff. (220); Weber, JZ 1980, S. 545 ff. (547).

¹⁷⁵ BVerfGE 13, 331 ff. (339 f., 347 f.); BVerfGE 22, 156 ff. (160).

¹⁷⁶ Vgl. BVerfGE 13, 331 ff. (339 f., 347 f.); ferner: BVerfGE 24, 112 ff.; BVerfGE 25, 309 ff. (313); BVerfGE 26, 327 ff. (335).

¹⁷⁷ BVerfGE 101, 151 ff.

lasten, soweit der Belastungsgrund bzw. der Entlastungszweck keinen Bezug zur jeweiligen Rechtsform unternehmerischer Betätigung habe.¹⁷⁸ Allerdings betraf diese Entscheidung des BVerfG nur die Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Rechtsform als Differenzierungsgrund für eine Umsatzsteuerbefreiung.¹⁷⁹ Diese Entscheidung des BVerfG zur Schwarzwaldklinik wurde dennoch von einem Teil der Literatur auch für übertragbar auf die direkten Steuern, insbesondere die Problematik der Rechtsformabhängigkeit der Ertragsbesteuerung von Unternehmen gehalten.¹⁸⁰

In seiner jüngsten Entscheidung zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der Berücksichtigung der Gewerbesteuer bei der Einkommensteuer durch die Tarifbegrenzung des § 32c EStG hat das BVerfG¹⁸¹ jedoch ausdrücklich entschieden, daß Art. 3 I GG kein allgemeines Verfassungsgebot der Rechtsformneutralität in dem Sinn, daß ausgeschüttete Gewinne von Kapitalgesellschaften beim Anteilseigner einkommensteuerrechtlich ebenso zu behandeln seien wie entnommene Gewinne von Personengesellschaften¹⁸². Der BFH vertrat in seinem Vorlagebeschluß¹⁸³ hierzu jedoch die Auffassung, daß es gegen Art. 3 I GG verstoße, wenn durch eine Regelung des Einkommensteuerrechts – wie die des § 32c EStG¹⁸⁴ – entnommene Gewinne von Personunternehmen und ausgeschüttete Gewinne von Kapitalgesellschaften steuerlich unterschiedlich belastet würden, weil die unterschiedliche Rechtsform, mit deren Hilfe die Einkünfte erzielt würden, kein hinreichend belastbares Differenzierungskriterium bilde.

¹⁷⁸ BVerfGE 101, 151 ff. (156 ff.).

¹⁷⁹ BVerfGE 101, 151 ff. (156).

¹⁸⁰ So Hey, Besteuerung von Unternehmensgewinnen und Rechtsformneutralität, S. 155 ff. (164, 166 ff.).

¹⁸¹ BVerfG, Beschluß v. 21.06.2006, Az. 2 BvL 2/99, NJW 2006, 2757 ff.

¹⁸² BVerfG, NJW 2006, 2757 ff. (2762 ff.) Rn. 114 ff.

¹⁸³ BFH, NJW 1999, 1736 ff.

¹⁸⁴ § 32c EStG in der Fassung des Gesetzes zur Verbesserung der steuerlichen Bedingungen zur Sicherung des Wirtschaftsstandorts Deutschland im Europäischen Binnenmarkt vom 13.09.1993, (BGBl. I 1993, 1569).

Das BVerfG betonte in seiner Entscheidung zu § 32c EStG nochmals¹⁸⁵, daß ein hinreichend sachlicher Grund für eine rechtsformabhängige Ertragsbesteuerung von Personen- und Kapitalgesellschaften in der Abschirmung der Vermögenssphäre einer Kapitalgesellschaft gegenüber ihren Anteilseignern zu sehen sei.¹⁸⁶ Diese Abschirmung bewirke, daß in der abgeschirmten Vermögenssphäre der Kapitalgesellschaft eine eigenständige und objektive Leistungsfähigkeit entstehe, die von der individuellen und subjektiven Leistungsfähigkeit der hinter der Kapitalgesellschaft stehenden Personen getrennt und unabhängig von ihr besteuert werden dürfe.

c) Stellungnahme

aa) Vereinigungsfreiheit und rechtsformneutrale Unternehmensbesteuerung?

Zunächst ist die Heranziehung der (negativen) Vereinigungsfreiheit, Art. 9 I GG, als (weitere) Grundlage rechtsformneutraler Besteuerung abzulehnen. Denn Art. 9 I GG gewährleistet nicht den Schutz besonderer Rechtsformen, sondern nur den Zusammenschluß zu einer Vereinigung als solcher sowie die kollektive Meinungsbildung, Selbstdarstellung und Interessenvertretung.¹⁸⁷ Selbst wenn hiervon auch die wirtschaftliche Betätigung umfaßt ist, so greift die rechtsformabhängige Besteuerung nicht in die Art und Weise des unternehmerischen Willensbildungsprozesses ein, sondern beeinflusst lediglich den Inhalt ökonomischer Entscheidungen; Schutz vor Wettbewerbsverzerrungen wie durch die rechtsformabhängige Unternehmensbesteuerung hervorgerufen gewährleistet Art. 9 I GG jedoch nicht.¹⁸⁸

¹⁸⁵ Vgl. bereits: BVerfGE 13, 331 ff. (339).

¹⁸⁶ BVerfG, NJW 2006, 2757 ff. (2763) Rn. 117 ff. (118).

¹⁸⁷ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 9 Rn. 6 ff.

¹⁸⁸ So auch: Hey, Besteuerung von Unternehmensgewinnen und Rechtsformneutralität, S. 155 ff. (173).

bb) Umsatzsteuerrechtliche Aspekte der „Schwarzwaldklinik“-Entscheidung des BVerfG und rechtsformneutrale Ertragsbesteuerung von Unternehmen?

Die von Teilen der Literatur¹⁸⁹ befürwortete Übertragung der „Schwarzwaldklinik“-Entscheidung des BVerfG¹⁹⁰ unter dem Gesichtspunkt der Rechtsformneutralität auf die Ertragsbesteuerung von Unternehmen ist abzulehnen. Die „Schwarzwaldklinik“-Entscheidung des BVerfG ist speziell zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Rechtsform als Differenzierungsgrund für eine Umsatzsteuerbefreiung ergangen.¹⁹¹ Jedoch ist das Umsatzsteuerrecht bereits strukturell und rechtssystematisch nicht mit der Frage der gleichheitsgerechten Ertragsbesteuerung von Unternehmen vergleichbar. Die Umsatzsteuer als allgemeine Verbrauchsteuer hat zum Ziel, die Einkommensverwendung des privaten Endverbrauchers, d.h. den Verbrauch erwirtschafteten Einkommens im weiteren Sinne, der Besteuerung zu unterwerfen.¹⁹² In steuer-technischer Hinsicht wird bei der Umsatzsteuer aus Praktikabilitätsgründen jedoch an den Warenverkehr (vgl. § 1 UStG) und den Unternehmer, der die Umsatzsteuer als Steuerschuldner (§ 13a UStG) an den Fiskus abzuführen hat, angeknüpft.¹⁹³ Dementsprechend ist der Unternehmerbegriff (§ 2 UStG) des Umsatzsteuerrechts teleologisch dessen Verbrauchssteuer-Charakter gemäß weit gefaßt und auszulegen. Danach ist Unternehmer, wer eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbständig ausübt, § 2 I UStG. So sind in umsatzsteuerrechtlicher Hinsicht nicht nur Landwirte, Gewerbetreibende und

¹⁸⁹ Hey, Besteuerung von Unternehmensgewinnen und Rechtsformneutralität, S. 155 ff. (164, 166 ff.).

¹⁹⁰ BVerfGE 101, 151 ff.

¹⁹¹ BVerfGE 101, 151 ff. (156 ff.).

¹⁹² Der Verbrauchssteuer-Charakter der Umsatzsteuer hat sich in der Rechtsprechung des EuGH (vgl. z. Bsp.: EuGH v. 5.5.1982, Rs. 15/81, EuGHE 1982, 1409); EuGH v. 27.6.1989, Rs. 50/88, EuGHE 1989, 1925; EuGH v. 24.10.1996, Rs. C-317/94, UR 1997, 265) und des BFH (vgl. BFH, BStBl. II 2002, S. 266) sowie in der Literatur (vgl. z. Bsp.: Reiß, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 14 Rn. 1 m.w.N.; Tipke, Die Steuerrechtsordnung, Bd. 2, S. 975 ff.; Jakob, Umsatzsteuer, S. 5; Crezelius, Steuerrecht Bd. 2, S. 357 ff.) durchgesetzt.

¹⁹³ Daher handelt es sich bei der Umsatzsteuer auch um eine indirekte Steuer. Daß der Unternehmer selbst nicht durch die Umsatzsteuer belastet werden soll, ergibt sich zum einen daraus, daß er hinsichtlich der für sein Unternehmen ausgeführten Umsätze zum Vorsteuerabzug (§ 15 UStG) berechtigt ist und zum anderen, daß der Unternehmer die Umsatzsteuer dem privaten Endverbraucher überwälzen darf (§ 14 UStG).

Freiberufler, sondern auch Vermieter und Verpächter sowie andere Vermögensverwalter Unternehmer¹⁹⁴. Allerdings kommt es im Umsatzsteuerrecht auf die Unternehmensform, in der der Unternehmer sein Unternehmen betreibt, gerade nicht an.¹⁹⁵ Dementsprechend ist unter dem Gesichtspunkt der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die folgerichtige Umsetzung der vom Gesetzgeber einmal getroffenen Belastungsgrundscheidungen im Umsatzsteuerrecht die Rechtsform auch kein geeigneter Anknüpfungspunkt für unterschiedliche umsatzsteuerrechtliche Steuerlasten.¹⁹⁶

Zwar wird Umsatzsteuer auch als Komplement bzw. sachgerechte Ergänzung zur Einkommensteuer aufgefaßt, weil letztere an das erworbene Einkommen anknüpft und erstere an den Konsum, den Verbrauch des erworbenen Einkommens.¹⁹⁷ Allerdings kann die Umsatzsteuer bereits im Ansatz nicht mit der Ertragsbesteuerung von Unternehmen in Beziehung gesetzt werden, weil sie strukturell sowie vom Steuergut grundverschieden sind und vor allem die umsatzsteuerrechtliche Anknüpfung an den Unternehmer – wie zuvor dargelegt – ausschließlich steuer-technische Gründe hat. Somit können umsatzsteuerrechtliche Aspekte – insbesondere die „Schwarzwaldklinik“-Entscheidung des BVerfG – auch nicht auf die Frage der Rechtfertigung einer gleichheitsrechtlich gerechten Ertragsbesteuerung von Unternehmen unter dem Gesichtspunkt der Rechtsformneutralität übertragen werden, weil es hierbei gerade um die Zulässigkeit unterschiedlicher ertragsteuerlicher Steuerlasten für Unternehmen an sich geht.

cc) Rechtsformneutralität als Untergesichtspunkt einer gleichheitsrechtlich gerechten Ertragsbesteuerung unter Anknüpfung an die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von Unternehmen

Die Aussagen des BVerfG zu Art. 3 I GG zur rechtsformabhängigen Ertragsbesteuerung in Hinblick auf § 32c EStG in seiner Entscheidung

¹⁹⁴ Vgl. auch § 4 Nr. 12 UStG.

¹⁹⁵ So auch: Tipke, Die Steuerrechtsordnung, Bd. 2, S. 995; Reiß, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 14 Rn. 130.

¹⁹⁶ BVerfGE 101, 151 ff. (156 ff.).

¹⁹⁷ So etwa: Tipke, Die Steuerrechtsordnung, Bd. 2, S. 982 ff.

aus dem Jahr 2006¹⁹⁸ betreffen nur die derzeit geltende dualistische Ausgestaltung der Ertragsbesteuerung von Unternehmen unter dem Gesichtspunkt der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die folgerichtige Umsetzung der vom Gesetzgeber einmal getroffenen Belastungsgrundentscheidungen.¹⁹⁹ Es wird in dieser Entscheidung jedoch keine Aussage darüber getroffen, daß eine grundlegende, rechtsformneutrale systematische Neuordnung der Ertragsbesteuerung von Unternehmen, die insbesondere in der Rechtsform von Personen- oder Kapitalgesellschaften betrieben werden, unter dem Gesichtspunkt des Art. 3 I GG zulässig oder geboten ist.

Das BVerfG greift in seiner Entscheidung ausschließlich die das deutsche Ertragssteuerrecht traditionell-rechtshistorisch prägende Auffassung auf, daß in der abgeschirmten Vermögenssphäre von Kapitalgesellschaften eine eigenständige, objektive wirtschaftliche Leistungsfähigkeit entstehe, nicht jedoch bei Personengesellschaften.²⁰⁰ Wenn man diesem grundsätzlichen Standpunkt folgt, so bildet dies folgerichtig ein mögliches Differenzierungskriterium im Sinne des Art. 3 I GG für eine rechtsformabhängige Besteuerung.²⁰¹

Zwar hat der Gesetzgeber hinsichtlich der Erschließung von Steuerquellen sowie für die Bemessungsgrundlage und Höhe des Steuersatzes einen sehr weiten Ermessensspielraum.²⁰² Allerdings haben bereits die vorstehenden Ausführungen gezeigt, daß sowohl Personen- als auch Kapitalgesellschaften gleichermaßen eigenständige, objektive

¹⁹⁸ BVerfG, NJW 2006, 2757 ff.

¹⁹⁹ BVerfG, NJW 2006, 2757 ff. (2763) Rn. 120.

²⁰⁰ Vgl. bereits oben 2. Teil.

²⁰¹ Dies kritisierend: Hennrichs/Lehmann, StuW 2007, S. 16 ff. (16 f., 18 ff.). Diese verkennen dabei allerdings, daß das derzeitige deutsche Ertragssteuerrecht für Unternehmen gerade eben vom grundsätzlichen Ansatz her rechtsformdifferenzierend ausgestaltet ist. Da Gegenstand des Beschlusses des BVerfG vom 21.6.2006 (Az.: 2 BvL 2/99, NJW 2006, 2757) nur das seinerzeit in Gestalt von § 32c EStG a.F.: geltende Ertragssteuerrecht sein konnte, ist die diesbezügliche Argumentation des BVerfG zu dem seinerzeit geltenden Ertragssteuerrecht unter Berücksichtigung seiner rechtshistorischen Entstehung eher folgerichtig.

²⁰² Vgl. hierzu: BVerfGE 31, 119 ff. (130f.); BVerfGE 49, 343 ff. (360); BVerfGE 65, 325 ff. (354); BVerfGE 81, 108 ff. (117); BVerfGE 84, 239 ff. (271); BVerfGE 85, 238 ff. (244).

wirtschaftliche Leistungsfähigkeit besitzen, die es rechtfertigt und gebietet, nicht nur eine partielle Unternehmensbesteuerung, sondern vielmehr eine eigenständige, alle Gesellschaftsformen gleichermaßen umfassende einheitliche Ertragsbesteuerung von Unternehmen einzuführen.²⁰³

Die Forderung nach Rechtsformneutralität der Ertragsbesteuerung von Unternehmen findet ihren Ursprung gerade in dem als unbefriedigend empfundenen derzeitigen dualistischen System der Unternehmensbesteuerung.²⁰⁴ Der Zugang zu einer gleichheitsgerechten rechtsformneutralen Unternehmensbesteuerung liegt jedoch bereits in der eigenständigen, objektiven wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der von Personen- oder Kapitalgesellschaften betriebenen Unternehmen. Das Auffinden einer auf dem objektiven Leistungsfähigkeitsprinzip basierenden sachgerechten Bemessungsgrundlage und eines korrespondierenden Steuertarifmodells liefert die Rechtfertigung dafür, von Personen- und Kapitalgesellschaften betriebene Unternehmen gleichermaßen einheitlich zum Steuersubjekt zu erklären. Insoweit spiegelt die Forderung nach Rechtsformneutralität der Unternehmensbesteuerung lediglich die Forderung nach einer einheitlichen, an der eigenständigen objektiven Leistungsfähigkeit der von Personen- und Kapitalgesellschaften betriebenen Unternehmen orientierten Unternehmensbesteuerung wider. Der Grundsatz der Rechtsformneutralität ist somit nicht als eigenständiges Gestaltungsprinzip in der Unternehmensbesteuerung aufzufassen, sondern vielmehr als ein Untergesichtspunkt bei der Anknüpfung einer gleichheitsrechtlich gerechten Ertragsbesteuerung an die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von Unternehmen.

²⁰³ Vgl. im Einzelnen bereits ausführlich oben 3. Teil, Abschnitt A.

²⁰⁴ Vgl. etwa: Hey, in: Tipke/Lang, Steuerrecht § 18 Rn. 530 ff., sowie: Tipke, Steuerrechtsordnung Bd. 2, S. 1194; Seiler, Gutachten F zum 66. Deutschen Juristentag 2006, S. 46.

II. Das Prinzip der eigentumsschonenden Besteuerung sowie der Grundsatz der Einmalbesteuerung und Unternehmensbesteuerung

Im Zusammenhang mit der Frage der prinzipiellen Ausgestaltung der Unternehmensbesteuerung wird auch das Prinzip der freiheits-schonenden Besteuerung sowie der Grundsatz der Einmalbesteuerung diskutiert.

1. Prinzip der eigentumsschonenden Besteuerung

Wie bereits zuvor erwähnt, spielen auch die Freiheitsrechte, namentlich die Eigentumsgarantie, Art. 14 I GG im Rahmen der prinzipiellen Ausgestaltung der Unternehmensbesteuerung eine nicht unbeachtliche Rolle. Ein Teil der Literatur²⁰⁵ wollte aus den Freiheitsrechten bereits den Grundsatz der Rechtsformneutralität der Unternehmensbesteuerung herleiten.²⁰⁶

a) Die “Einheitswertbeschlüsse” des BVerfG aus dem Jahr 1995

Mit seinen Entscheidungen zur Erbschaft- und Vermögenssteuer vom 22.06.1995²⁰⁷, die auch als die “Einheitswertbeschlüsse” bekannt geworden sind, brachte das BVerfG die Eigentums- und Erbrechts-garantie des Art. 14 I GG gegen eine übermäßige Besteuerung unter dem Gesichtspunkt des Prinzips eigentumsschonender Besteuerung in Stellung. Wegweisend war hierbei besonders die Herleitung einer absoluten Belastungsobergrenze aus dem Wort “zugleich” in Art. 14 II 2 GG: Nach dem sog. Halbteilungsgrundsatz muß die steuerliche Gesamtbelastung (im Hinblick auf Ertragsteuern und Vermögensteuer) bei typisierender Betrachtung von Einnahmen, abziehbaren Aufwendungen und sonstigen Entlastungen in der Nähe einer hälftigen Teilung zwischen privater und öffentlicher Hand verbleiben.²⁰⁸

²⁰⁵ Birk, StW 2000, 328 ff. (333 f.); Jachmann, Steuergesetzgebung, S. 62; Weber, JZ 1980, S. 545 ff. (547); Selmer, AöR 101 (1976), S. 399 ff. (423 ff.).

²⁰⁶ Vgl. hierzu im Einzelnen bereits oben 3. Teil, Abschnitt B. I. 2.

²⁰⁷ BVerfGE 93, 121; BVerfGE 93, 165.

²⁰⁸ BVerfGE 93, 121.

b) Schlussfolgerungen der Literatur aus den „Einheitswertbeschlüssen“ des BVerfG im Hinblick auf die Unternehmensbesteuerung

Für die Unternehmensbesteuerung wird aus den Einheitswertbeschlüssen des BVerfG insbesondere das Verbot der Substanzbesteuerung sowie das Verbot der Erdrösselungssteuer hergeleitet.²⁰⁹ Das erstere soll Eingriffe in die Unternehmenssubstanz durch die Besteuerung ausschließen, das letztere richtet sich gegen die absolute Höhe der (Ertrags-)Steuerbelastung. Weiterhin ist aus der Hervorhebung der besonderen Sozialpflichtigkeit unternehmerischen Vermögens durch das BVerfG²¹⁰ von Teilen der Literatur die Forderung nach einer steuerlichen Privilegierung von Unternehmensgewinnen abgeleitet worden²¹¹.

c) Die Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2006 zum „Halbteilungsgrundsatz“ im Ertragsteuerrecht

In seinem Beschluß vom 18.01.2006²¹² hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, daß aus den Einheitswertbeschlüssen aus dem Jahr 1995 keine verbindliche Belastungsobergrenze im Sinne eines „Halbteilungsgrundsatzes“ hinsichtlich der Gesamtbelastung der Ertragssteuern (hier: Einkommensteuer und Gewerbesteuer) zu entnehmen sei. Zum einen würden die Ausführungen zum Halbteilungsgrundsatz in der damaligen Entscheidung des BVerfG²¹³ nur ein obiter dicta darstellen.²¹⁴ Daraus folge, daß sich jedenfalls für das Ertragsteuerrecht keine absolute steuerliche Belastungsobergrenze im Sinne einer etwa hälftigen Teilung zwischen privater und öffentlicher Hand herleiten lasse. Gleichwohl könne eine übermäßige Ertragssteuerbelastung eine Verletzung der Eigentumsgarantie des Art. 14 I GG darstellen, weil die Anknüpfung von Geldleistungspflichten an den Erwerb

²⁰⁹ Hey, in: H/H/R, EStG/KStG, Einf. KSt Rn. 32.

²¹⁰ BVerfGE 93, 165 (175 f.).

²¹¹ Raupach, in: Flume/Schön, Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, S. 675 ff. (717); Knobbe-Keuk, DB 1989, S. 1303 (1306).

²¹² BVerfG, Beschluß vom 18.01.2006, Az. 2 BvR 2194/99, DStR 2006, 555 ff.

²¹³ BVerfGE 93, 121 ff. (136 ff.).

²¹⁴ BVerfG, DStR 2006, S. 555 ff. (558).

vermögenswerter Rechtspositionen wie im Rahmen der Einkommen-, Körperschaft- oder Gewerbesteuer den Schutzbereich des Art. 14 I GG betreffe.²¹⁵ Wann dabei die Gesamtbelastung von Ertragssteuern erdrosselnde Wirkung entfalte, sei schließlich an den allgemeinen Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit als Schranken der Steuerlast zu messen. Im Rahmen der Ertragsbesteuerung sei der Gesetzgeber dabei frei, ob er den Steuertarif linear oder progressiv ausgestalte; wähle er letzteren, sei es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, hohe Einkommen auch hoch zu belasten, „soweit beim betroffenen Steuerpflichtigen nach Abzug der Steuerbelastung ein – absolut und im Vergleich zu anderen Einkommensgruppen betrachtet – hohes, frei verfügbares Einkommen bleibt, das die Privatnützigkeit des Einkommens sichtbar macht.“²¹⁶

2. Grundsatz der Einmalbesteuerung

Besonders im Zusammenhang mit der Einführung des Anrechnungsverfahrens im Jahr 1977 und der Dividendenbesteuerung wurde im Unternehmenssteuerrecht der Grundsatz der Einmalbesteuerung diskutiert.²¹⁷ Durch die Einführung des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens sollte die bis dahin vorgenommene Doppelbelastung ausgeschütteter Dividenden durch Körperschaftsteuer auf der Ebene der Körperschaft und Einkommensteuer auf der Ebene der Anteilseigner abgeschafft und durch eine Einmalbelastung ersetzt werden. Der Grundsatz der Einmalbesteuerung wurde aber auch dazu herangezogen, um eine Einmalbesteuerung im Rahmen des Anrechnungsverfahrens zu „garantieren“, etwa um den Ausschluß steuerbefreiter Anteilseigner vom Anrechnungsverfahren zu rechtfertigen, um die Folgen der Steuerfreiheit privater Veräußerungsgewinne zu beschränken (§ 50c EStG a.F.)²¹⁸.

²¹⁵ BVerfG, DStR 2006, S. 555 ff. (559).

²¹⁶ BVerfG, DStR 2006, S. 555 ff. (560).

²¹⁷ BT-Drs. 8/3648 S. 22; Sarrazin, DStJG 20 (1997), 57 ff. (59).

²¹⁸ Hey, in: H/H/R, EStG/KStG, Einf. KSt Rn. 34.

3. Stellungnahme

Die Grundlagen und die Berechtigung des Grundsatzes der „Einmalbesteuerung“ sind von der Literatur²¹⁹ zu Recht bestritten worden. Ein genereller übergeordneter Gesichtspunkt, der eine Einmalbesteuerung gebietet, während zunächst andere Gründe für eine Steuerfreiheit gesprochen haben, ist nicht ersichtlich.²²⁰ Allerdings kann es zur Sicherung des Steueraufkommens erforderlich sein, im Rahmen der jeweiligen konkreten Ausgestaltung des Steuersystems gewisse Ausnahmen – wie etwa die zuvor geschilderten im Rahmen des Anrechnungsverfahrens²²¹ – vorzunehmen. Dies folgt bereits aus dem Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit; eines eigenständigen Grundsatzes der Einmalbesteuerung als Gestaltungsziel einer Unternehmensbesteuerung bedarf es somit nicht mehr.

Hinsichtlich des Prinzips der eigentumsschonenden Besteuerung hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 18.01.2006²²² klargestellt, daß der „Halbteilungsgrundsatz“ im Ertragssteuerrecht, insbesondere im Hinblick auf die kumulierte Belastung von Einkommensteuer und Gewerbesteuer nicht gilt. Dem ist zuzustimmen. Die Ausführungen zum Halbteilungsgrundsatz in den „Einheitswertbeschlüssen“ des BVerfG aus dem Jahr 1995²²³ können bereits deshalb keine Bindungswirkung nach § 31 I BVerfGG entfalten, weil sich der Tenor der damaligen Entscheidung nur auf einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz, Art. 3 I GG und nicht auf einen Verstoß gegen die allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 I GG und die Eigentumsgarantie, Art. 14 I GG bezieht.²²⁴ Auch läßt sich insbesondere nicht aus dem Wort „zugleich“ in Art. 14 II 2 GG eine materielle Belastungsgrenze im Sinne einer nahezu hälftigen Teilung des Ertrags zwischen öffentlicher und privater Hand herleiten. Denn dies sprengt die Grenzen wörtlicher Auslegung. Zudem macht das Wort „zugleich“ in Art. 14 II 2

²¹⁹ Prinz/van Lishaut, FR 1998, S. 1105 ff. (1108); Knobbe-Keuk, StuW 1982, S. 201 ff. (202 f.); Leisner, StuW 1984, 244 ff. (247 f.).

²²⁰ Hey, in: H/H/R, EStG/KStG, Einf. KSt Rn. 34.

²²¹ Vgl. oben 3. Teil, Abschnitt B. II. 2.

²²² BVerfG, Beschluß vom 18.01.2006, Az. 2 BvR 2194/99, DStR 2006, 555 ff.

²²³ BVerfGE 93, 121 ff. (136 ff.).

²²⁴ BVerfG, DStR 2006, S. 555 ff. (558).

GG lediglich die Aufgabe des Gesetzgebers deutlich, in Erfüllung eines Regelungsauftrags aus Art. 14 I 2 GG der Garantie des Eigentums (Art. 14 I 1 GG) und dem Gebot einer sozial gerechten Eigentumsordnung (Art. 14 II GG) in gleicher Weise Rechnung zu tragen und die schutzwürdigen Interessen aller Beteiligten in einen gerechten Ausgleich und ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen.²²⁵ Wiederholt²²⁶ hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Halbteilungsgrundsatz aus dem Jahr 2006 dabei insbesondere das Verbot der erdrosselnd wirkenden Steuern in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie, Art. 14 I 1 GG aufgenommen.²²⁷ Die Einkommen-, Körperschaft- und Gewerbesteuer stellen dabei zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmungen im Sinne von Art. 14 I 2 GG dar. Wann eine Steuer oder eine Kumulation von (Ertrags-)Steuern dabei erdrosselnd wirkt bzw. wirken, kann jedoch nicht absolut gesagt werden. Dies ist eine Frage des Einzelfalls. Mit Ausnahme der speziellen Regelung in Art. 106 III 4 Nr. 2 GG kennt die Finanzverfassung keine materielle Grenze, wann eine Steuer oder Kumulation von Steuern erdrosselnd wirkt. Daher kann dies letztlich nur im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung bezogen auf den jeweiligen Einzelfall festgestellt werden. Als generelles Kriterium kann festgehalten werden, daß die Belastung höherer Einkommen jedenfalls nicht soweit gehen kann, daß der wirtschaftliche Erfolg grundlegend beeinträchtigt wird und damit in dem dem Steuerpflichtigen verbleibenden versteuerten Ertrag nicht mehr angemessen zum Ausdruck kommt.²²⁸

²²⁵ BVerfG, DStR 2006, S. 555 ff. (559).

²²⁶ Vgl. bereits: BVerfGE 87, 153 ff. (169).

²²⁷ BVerfG, DStR 2006, S. 555 ff. (559 f.).

²²⁸ BVerfGE 14, 221 ff. (241); BVerfGE 82, 159 ff. (190); BVerfGE 93, 121 ff. (137); BVerfG, DStR 2006, S. 555 ff. (560).

III. Zusammenfassung

Bereits 1776 entwickelte Adam Smith in seinem Werk „Wohlstand der Nationen“²²⁹ die als sog. „klassischen Steuermaximen“ bekannten vier grundlegenden Besteuerungsgrundsätze: 1. Gleichheit der Besteuerung, 2. Bestimmtheit der Besteuerung, 3. Bequemlichkeit der Besteuerung und 4. Wohlfeilheit der Besteuerung. Die ersten beiden genannten Besteuerungsgrundsätze beinhalten die Steuergleichheit (vgl. heute: Art. 3 I GG)²³⁰ und die Bestimmtheit von Steuergesetzen (heute Ausdruck des in Art. 20 II 2, III GG verankerten Rechtsstaatsprinzips)²³¹. Die Grundsätze der Effizienz steuerlicher Regelungen, des Übermaßverbots²³² und der Entscheidungsneutralität beinhaltet die dritte, von Adam Smith aufgestellte Besteuerungsmaxime. Denn die Steuer ist zu einem wesentlichen Entscheidungsfaktor insbesondere unternehmerischen Handelns geworden. Die letzte der von Adam Smith aufgestellten vier Besteuerungsmaximen beinhaltet schließlich die Grundsätze der Praktikabilität und Einfachheit der Besteuerung. Diese Besteuerungsmaximen spielen somit seit über 300 Jahren eine bedeutende Rolle im Steuerrecht und bestimmen grundlegend die (steuer-)politische Diskussion.

Neutralitätspostulate als solche – wie die Forderung nach Wettbewerbsneutralität – bewirken nicht per se ein leistungsfähiges Unternehmenssteuerrecht. Erforderlich ist eine grundlegende, systematische Analyse der Unternehmensbesteuerung sowie die konkrete Umsetzung eines stimmigen Besteuerungssystems zur Erreichung eines leistungsfähigen Unternehmenssteuerrechts.

²²⁹ Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, deutsche Ausgabe in: Recktenwald, *Der Wohlstand der Nationen*, S. 703 ff.

²³⁰ Vgl. hierzu grundlegend: Lang, in: Tipke/Lang, *Steuerrecht*, § 4 Rn. 70 ff.

²³¹ Vgl. hierzu grundlegend: Sachs, in: Sachs, *Grundgesetz*, Art. 20 Rn. 74 ff., 126 ff.; Lang, in: Tipke/Lang, *Steuerrecht*, § 4 Rn. 167 ff.

²³² Das Übermaßverbot bzw. der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist verfassungsrechtlich verankert im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 II 2, III GG) und in den für die Besteuerung insbesondere relevanten Grundrechten aus Art. 14 I GG (Eigentumsgarantie) und Art. 12 I GG (Berufs[-ausübungs-]freiheit). Vgl. hierzu grundlegend: Lang, in: Tipke/Lang, *Steuerrecht*, § 4 Rn. 209 ff.

Als systematische Grundlage ist dabei an die eigenständige wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der von Personen- und Kapitalgesellschaften betriebenen Unternehmen als der Rechtfertigungsgrund für eine Ertragsbesteuerung von diesen Unternehmen anzuknüpfen.

Hieraus ergibt sich zwingenden, daß der erste systematische Grundsatz einer gleichheitsgerechten Unternehmensbesteuerung lauten muß, daß von Gesellschaften betriebene Unternehmen unabhängig von der Rechtsform, in der sie betrieben werden, als Steuersubjekt einer Unternehmensbesteuerung erfaßt werden müssen und unter dieser Prämisse die weitere Ertragsbesteuerung von Unternehmen – insoweit rechtsformneutral – ausgestaltet werden muß. Dies folgt zumindestens auch mittelbar aus der jüngsten Entscheidung des BVerfG zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der Berücksichtigung der Gewerbesteuer bei der Einkommensteuer durch die Tarifbegrenzung des § 32c EStG²³³.

Dabei sollte die Ertragsbesteuerung von Unternehmen nicht nur administrierbar und ergiebig für die Steuerverwaltung sein, sondern auch praktikabel. Nicht nur praktikabel in dem Sinne, daß sie zeitgemäß den Anforderungen der heutigen Staats- und Wirtschaftspolitik unter nationalen und internationalen Gesichtspunkten entspricht. Sondern auch praktikabel in dem Sinne, daß die Ertragsbesteuerung für die Unternehmen anwendbar und beherrschbar ist. Die Erfüllung steuerlicher und handelsrechtlicher Buchführungs- und Erklärungspflichten bedeutet für Unternehmen einen nicht unerheblichen Kosten- und Arbeitsaufwand. Des weiteren macht es ein Steuerrecht, an dem unablässig halbherzig reformiert wird, für Unternehmen unmöglich, unternehmerische Entscheidungen zu treffen, die nicht lediglich einen Zeitraum von drei bis sechs Jahren überdauern können. Ein Beispiel hierfür ist etwa die Unternehmenssteuerreform 1999/2000/2002 mit andauernden Folgeänderungen bis hin zur nunmehrigen Unternehmensteuerreform 2008²³⁴. Standortentscheidungen erfordern Steuer-

²³³ BVerfG, Beschluß v. 21.06.2006, Az. 2 BvL 2/99, NJW 2006, 2757 ff.

²³⁴ Unternehmensteuerreformgesetz vom 14.08.2007, BGBl. I 2007, S. 1912 ff.; siehe auch: Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Entwurf eines Unternehmensteuerreformgesetzes 2008, BT-Drs. 16/4841 vom 27.03.2007.

planungssicherheit für Unternehmen. Den Unternehmen sollte ein durchdachtes, zeitgemäßes Unternehmenssteuerrecht an die Hand gegeben werden, welches in seinen systematischen Grundsätzen zeitgemäße unternehmerische Entscheidungsprozesse zu Grunde legt.

4. Teil: Untersuchung der praktischen Anforderungen an ein Ertragssteuerrecht für Unternehmungen

Im folgenden Teil der Arbeit sollen die praktischen Anforderungen an ein Ertragssteuerrecht für Unternehmungen untersucht werden. Es soll auf generelle Fragestellungen insbesondere zum Steuersubjekt sowie zum Verhältnis Anteilseigner – Unternehmen eingegangen werden. Die Untersuchung soll dabei auch rechtsvergleichend, insbesondere zum US-amerikanischen Steuerrecht erfolgen.

A. Steuersubjekt im Unternehmenssteuerrecht

I. Das Steuersubjekt im deutschen Ertragsteuerrecht

Die derzeitige Unternehmensbesteuerung im deutschen Ertragsteuerrecht knüpft hinsichtlich der Steuersubjekt-Eigenschaft an die Rechtsform an, in der das Unternehmen betrieben wird.²³⁵ Strukturell wird dabei zwischen der natürlichen Person als Steuersubjekt (z. Bsp. der einzelne Gesellschafter von Personenhandelsgesellschaften als Mitunternehmer i.S.v. § 15 I 1 Nr. 2 und 3 EStG) und der juristischen Person bzw. Körperschaft (z. Bsp. die AG oder die GmbH gemäß § 1 I Nr. 1 KStG) als Steuersubjekte im Ertragsteuerrecht unterschieden.

²³⁵ Vgl. hierzu im Einzelnen bereits oben 2. Teil, Abschnitt B. Zur rechtshistorischen Entwicklung vgl. oben 2. Teil, Abschnitt A.

Die derzeitige deutsche Ertragsbesteuerung von Unternehmen ist somit von dem Dualismus einer Besteuerung nach dem Transparenzprinzip und nach dem Trennungsprinzip bestimmt: Nach dem Transparenzprinzip ist Steuersubjekt allein der Unternehmer. Der Unternehmensgewinn bzw. -verlust wird unmittelbar dem Unternehmer zugeordnet; das Unternehmen ist gegenüber dem Fiskus „transparent“ – so bei den Personengesellschaften (vgl. § 15 I 1 Nr. 2, 3 EStG i.V.m. §§ 179 II 2, 180 I Nr. 2 lit. a AO). Nach dem Trennungsprinzip werden sowohl das Unternehmen als auch der Unternehmer als Steuersubjekte behandelt, so bei Kapitalgesellschaften (vgl. § 1 I Nr. 1 KStG) und deren Gesellschaftern (vgl. § 1 I 1 EStG i.V.m. §§ 2 I 1 Nr. 5, 20 I Nr. 1 EStG).²³⁶

Dies hat zu vielfältigen Verwerfungen und Spannungen im Rahmen der deutschen Unternehmensbesteuerung geführt. Abgesehen von dem unterschiedlichen Steuersatz für Körperschaften (linearer Steuersatz, ab 2009: 15%, § 23 I KStG n.F.) und für Personengesellschaften (progressiver Tarif, Spitzensteuersatz: 42%²³⁷) sei an dieser Stelle insbesondere auf folgende Problemfelder hingewiesen:

- unterschiedliche Behandlung der Kapitalaufbringungsformen und der Kapitalstruktur für eine Gesellschaft;²³⁸
- unterschiedliche Verlustverrechnungsmöglichkeiten für den Anteilseigner (insbesondere: bei Personengesellschaften Verrechnung mit anderen persönlichen Einkunftsarten des Anteilseigners möglich, bei Körperschaften nicht);
- unterschiedliche Behandlung thesaurierter oder an den Anteilseigner ausgeschütteter Gewinne bei Körperschaften und Personengesellschaften²³⁹.

Die bisherige unterschiedliche Behandlung bei der Gewerbesteuer (Personengesellschaften wird durch § 35 EStG die Anrechnung der Gewerbesteuer auf die Einkommensteuer ermöglicht, bei Körper-

²³⁶ Vgl. eingehender zum derzeitigen Dualismus der Ertragsbesteuerung von Unternehmen im deutschen Steuerrecht bereits oben 2. Teil, Abschnitt C.

²³⁷ Loschelder, in: Schmidt, EStG § 32a Rn. 8.

²³⁸ Vgl. hierzu unten 4. Teil, Abschnitt B. III. 1. - 3.

²³⁹ Vgl. hierzu unten 4. Teil, Abschnitt A. III.

schaften scheidet eine Berücksichtigung der Gewerbesteuer als Aufwand wegen des Abzugsverbots des § 4 Vb EStG n.F. aus) wurde im Rahmen der Unternehmensteuerreform 2008²⁴⁰ dadurch beseitigt, daß der Körperschaftsteuersatz auf einheitlich 15% abgesenkt wurde, wogegen die Einkommensteuer nicht in gleichem Maße abgesenkt wurde.²⁴¹

Nicht nur unter dem Gesichtspunkt der Steueroptimierung führt die Besteuerung von Unternehmen nach dem Transparenz- und Trennungsprinzip zu Versuchen, die systembedingten Verwerfungen zu korrigieren. Auch das Gesellschaftsrecht bietet auf nationaler und internationaler Ebene die Möglichkeit, durch die Wahl der geeigneten Rechtsform unerwünschte Verwerfungen in der Besteuerung für das Unternehmen zu korrigieren. So hat die unterschiedliche strukturelle Behandlung von Personengesellschaften einerseits und Körperschaften bzw. Kapitalgesellschaften andererseits insbesondere zur Verbreitung der GmbH & Co. KG in der Praxis geführt.²⁴² Maßgeblicher Zweck der Schaffung dieser Gesellschaftskonstruktion ist es, die durch den derzeitigen Dualismus der Unternehmensbesteuerung hervorgerufenen unterschiedlichen steuerlichen Vorteile von Personen- und Kapitalgesellschaft zu kombinieren und gleichzeitig ihre Nachteile zu vermeiden.²⁴³ Die GmbH & Co. KG wurde vom Großen Senat des BFH²⁴⁴ als Personengesellschaft in der Rechtsform einer Kommanditgesellschaft anerkannt und es wurde klargestellt, daß sie auch dann nicht Körperschaftsteuersubjekt ist, wenn sie als Publikums-KG (diese Gestaltung ist insbesondere bei geschlossenen Immobilienfonds u.ä. zu finden) organisiert ist und insoweit körperschaftliche Strukturen aufweist.

²⁴⁰ Unternehmensteuerreformgesetz vom 14.08.2007, BGBl. I 2007, S. 1912 ff.; siehe auch: Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Entwurf eines Unternehmensteuerreformgesetzes 2008, BT-Drs. 16/4841 vom 27.03.2007.

²⁴¹ *Schafnitzl/Götz*, in: Blumenberg/Benz, Die Unternehmensteuerreform 2008, S. 1 ff.; Biber, EStB 2009, 74.

²⁴² Knobbe-Keuk, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, S. 561 f.; Steuerreformkommission 1971, S. 297 Rn. 16 f.

²⁴³ *Montag*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht § 18 Rn. 300 ff.; vgl. hierzu auch: *Biermann*, in: Lange, Personengesellschaften im Steuerrecht, Rn. 3581 ff.; kritisch zur steuerlichen Behandlung der GmbH & Co. KG auch: Hennrichs/Lehmann, StuW 2007, S. 16 ff. (21).

²⁴⁴ GrS des BFH, BStBl. II 1984, 751; BStBl. II 1995, 794.

Andererseits kann die zivilrechtliche Haftungsbegrenzung der Anteilseigner, die durch die Wahl der Rechtsform der GmbH & Co. KG u.a. erzielt wird, auch anderweitig unter Beibehaltung des steuerlichen Transparenzprinzips für Personengesellschaften erreicht werden. So bietet u.a. das britische Gesellschaftsrecht mit der Rechtsform der Limited Liability Partnership (LLP)²⁴⁵ die Möglichkeit der zivilrechtlichen Haftungsbegrenzung auch für Unternehmen, die als „reine“ Personengesellschaften geführt werden²⁴⁶. Aufgrund der europarechtlichen Niederlassungsfreiheit (Art. 43 und 48 EG) steht die Rechtsform der LLP auch für deutsche Unternehmen zur Verfügung.

Die Wahl von in anderen europäischen Mitgliedsstaaten zur Verfügung gestellten Rechtsformen für Gesellschaften wird weiterhin aufgrund neuerer Entwicklungen in der deutschen Gesetzgebung zum internationalen Gesellschaftsrecht gefördert und erleichtert.²⁴⁷ Bisher wurde nach der sog. „Sitztheorie“ an den tatsächlichen Verwaltungssitz der Gesellschaft und das dort geltende Recht angeknüpft.²⁴⁸ Die Gesellschaft unterlag den Rechtsvorschriften, die am Sitz der Hauptverwaltung gelten. Auf das Recht, nach dem die Gesellschaft gegründet wurde, kam es dagegen nicht an. Dies hatte zur Konsequenz, daß eine nach ausländischem Recht errichtete Gesellschaft mit Hauptsitz in Deutschland nicht wirksam am Rechtsverkehr teilnehmen konnte, wenn sie nicht gleichzeitig die deutschen gesellschaftsrechtlichen Vorgaben einhielt. In einem derartigen Verfahren sah der EuGH in seiner Entscheidung in der Rechtssache „Überseering“²⁴⁹ einen Widerspruch zur innerhalb der in der EU gewährleisteten Niederlassungsfreiheit (Art. 43, 48 EG).²⁵⁰ Danach ist eine in einem Mitgliedstaat wirksam gegründete

²⁴⁵ United Kingdom Statute 2000 c 12 (UK ST 2000 c 12).

²⁴⁶ Vgl. United Kingdom Statute 2000 c 12 s 1 (4).

²⁴⁷ Bundesministerium der Justiz: Gesetzentwurf (Referentenentwurf): „Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen“ vom 07.01.2008, abrufbar unter: <http://www.bmj.bund.de>.

²⁴⁸ Vgl. hierzu z. Bsp.: BGH, GmbHR 2000, S. 715 f. (716).

²⁴⁹ EuGH, NJW 2002, S. 3614 ff.

²⁵⁰ Vgl. hierzu auch die Entscheidungen des EuGH in der Rechtssache „Centros“, EuGH, NJW 1999, S. 2027 ff., sowie in der Rechtssache „Inspire Art“, EuGH, NJW 2003, S. 3331 ff. Vgl. hierzu ferner: Zimmer, NJW 2003, S. 3585 ff.

Gesellschaft auch im Staat ihres tatsächlichen Sitzes als rechts- und parteifähig anzusehen, ohne daß zusätzliche Anforderungen am Ort der Niederlassung erfüllt sein müssen. In dem Gesetzentwurf des Bundesministeriums der Justiz vom 07.01.2008 ist die Anwendung der „Gründungstheorie“, d.h. des Gründungsrechts auch auf Gesellschaften, Vereine und juristische Personen, die nicht der EU oder dem Europäischen Wirtschaftsraum angehören, vorgesehen.²⁵¹ So soll die Gründungstheorie insbesondere auch für nach US-amerikanischen Recht gegründete Gesellschaften gelten. So hat bereits der Bundesgerichtshof²⁵² aus Art. XXV Abs. 5 S. 2 des Freundschafts-, Handels- und Schiffahrtsvertrag vom 29.10.1954 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika²⁵³ die Anwendbarkeit des Gründungsrechts für die Gesellschaften der Vertragsstaaten entnommen.

Weitere Probleme und Spannungen der Besteuerung nach dem Transparenz- und Trennungsprinzip treten zudem dann auf, wenn die Anteilseigner bzw. Mitunternehmer von Personengesellschaften ihrerseits wiederum Körperschaften sind. Schließlich hat die durch das Unternehmensteuerreformgesetz 2008²⁵⁴ u.a. eingeführte Optionsmöglichkeit für Personengesellschaften zum Körperschaftsteuerrecht im Hinblick auf die steuerliche Behandlung von thesaurierten Gewinnen (§ 34a EStG n.F.) die Besteuerung nach dem historischen Transparenz- und Trennungsprinzip weiter ausgehöhlt und die strukturellen Probleme der Unternehmensbesteuerung zusätzlich verschärft²⁵⁵.

²⁵¹ Vgl. Bundesministerium der Justiz: Gesetzentwurf (Referentenentwurf): „Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen“ vom 07.01.2008, dort: Begründung, S. 7, abrufbar unter: <http://www.bmj.bund.de>.

²⁵² BGHZ 153, 353 ff. (356).

²⁵³ BGBl. II 1956, S. 487.

²⁵⁴ BGBl. I 2007, S. 1912 ff.

²⁵⁵ Vgl. hierzu im Einzelnen unten 4. Teil, Abschnitt A. III., dort insbesondere 2.

II. Das Steuersubjekt in der US-amerikanischen Unternehmensbesteuerung

1. Allgemein

Das US-amerikanische Ertragsteuerrecht wählt zur Definition des Steuersubjekts im Unternehmenssteuerrecht einen anderen Ansatz. Zur Definition des Steuersubjekts wird dort nicht an die zivilrechtliche Rechtsform wie im deutschen Ertragsteuerrecht angeknüpft. Nach dem US-amerikanischen Steuerrecht unterliegen der „Corporate income tax“ nach §§ 11, 7701 (a) (3) IRC grundsätzlich jede Gesellschaft(-sform) bzw. Unternehmen²⁵⁶.

a) Personengesellschaften („partnerships“)

Allerdings sind Personengesellschaften („partnerships“) auch im US-amerikanischen Einkommensteuerrecht grundsätzlich nicht selbst Steuersubjekt, sondern vielmehr deren Anteilseigner (partner).²⁵⁷ Als „partnership“ wird der Zusammenschluß von zwei oder mehr (natürlichen) Personen zwecks Betrieb eines gemeinschaftlichen Unternehmens aufgefaßt.²⁵⁸ So ist die Personengesellschaft für Einkommensteuerzwecke nur eine „Hülle“ („flow-through-entity“), die Einkünfte werden entsprechend den Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag²⁵⁹ auf die Partner bzw. Anteilseigner der Personengesellschaft verteilt bzw.

²⁵⁶ § 7701 (a) (3) IRC: „The term „corporation“ includes associations, joint-stock companies, and insurance companies“.

²⁵⁷ § 701 IRC.

²⁵⁸ Vgl. *Garner*, Black's Law Dictionary, Stichwort: „partnership“. Die Grundform der partnership, auch als „general partnership“ bezeichnet, ist vergleichbar mit der oHG nach §§ 105 ff. HGB. Als weitere Form von Personengesellschaften haben sich im US-amerikanischen Recht die „limited partnership“ (vergleichbar mit der KG, §§ 161 ff. HGB), die „limited-liability partnership“ (LLP), bei der eine (zivilrechtliche) Haftungsbeschränkung der Partner/Anteilseigner besteht, sowie die „limited liability company“ (LLC) etabliert (vgl. zu deren ertragsteuerlichen Einordnung auch unten 4. Teil, Abschnitt A. II. 3.). Als Mustergesetz für die „partnership“ ist der „Uniform Partnership Act“ (UPA) von 1914 bzw. 1997 sowie für die „limited partnership“ der „Uniform Limited Partnership Act“ (ULPA) zu nennen – vgl. hierzu: *Klein/Coffee*, Business Organization and Finance, S. 100 ff.

²⁵⁹ § 704 (a) IRC.

die Verluste aus der Personengesellschaft den Partnern zugerechnet und die Besteuerung erfolgt nach deren persönlichen Verhältnissen.²⁶⁰

Andererseits ist allerdings die Personengesellschaft als solche nach dem US-amerikanischen Einkommensteuerrecht gemäß § 6031 (a) IRC zur Abgabe einer eigenen Steuererklärung für die Personengesellschaft verpflichtet.²⁶¹ Zudem werden Personengesellschaften insbesondere hinsichtlich der Ausübung steuerlicher Wahlmöglichkeiten, Wahl eines abweichenden Wirtschaftsjahres oder hinsichtlich bestimmter steuerlich relevanter Vorgänge wie: Gründung und Liquidation, Transaktionen zwischen Partnern/Anteilseignern und Personengesellschaft sowie Veräußerung von Anteilen an einer Personengesellschaft als selbständige Einheit behandelt.²⁶²

Weiterhin werden Personengesellschaften steuerverfahrensrechtlich als eine (selbständige) Einheit behandelt, um alle Mitglieder bzw. Anteilseigner einer Personengesellschaft einheitlich zu erfassen und damit die Gleichmäßigkeit der Besteuerung zu gewährleisten.²⁶³ Diese (steuerverfahrenstechnische) Behandlung von Personengesellschaften im US-amerikanischen Steuerrecht ist somit grundsätzlich vergleichbar mit der deutschen steuerverfahrensrechtlichen Behandlung im Hinblick auf die gesonderte und einheitliche Feststellung von Einkünften der Personengesellschaften gem. § 15 I 1 Nr. 2 EStG iVm. §§ 179 II 2, 180 I Nr. 2 lit. a AO.

Allerdings werden einige „public traded partnerships“, also Personengesellschaften, deren Anteile an öffentlichen Primär- oder Sekundärmärkten gehandelt werden, im US-amerikanischen Ertragsteuerrecht

²⁶⁰ § 701 IRC.

²⁶¹ So wird nach § 6698 IRC eine Strafe angedroht, wenn die Personengesellschaft der Verpflichtung zur Abgabe einer eigenständigen Einkommensteuererklärung nicht nachkommt.

²⁶² §§ 721; 707; 741 IRC. Vgl. auch: *Lind/Schwarz/Lathrope/Rosenberg*, Fundamentals of Corporate Taxation, S. 3 f.

²⁶³ §§ 6221-6232 IRC. Allerdings sind kleine Personengesellschaften (< 10 Partner) hiervon grundsätzlich befreit, solange sie nicht wählen, auch unter diese steuerverfahrenstechnischen Regelungen einbezogen zu werden, § 6231 (a) (1) (B) IRC.

nicht als Personengesellschaften behandelt, sondern vielmehr als Körperschaften („corporations“) und unterliegen der „Corporate Tax“.²⁶⁴

b) Körperschaften („corporations“)

Gesellschaften, ausgenommen Personengesellschaften („partnership“)²⁶⁵, unterliegen im US-amerikanischen Ertragssteuerrecht der „Corporate Tax“²⁶⁶. Was eine „corporation“ im ertragssteuerlichen Sinn ist, ist nicht gesetzlich definiert. Allerdings deutet § 7701 (a) (3) IRC an, daß der Begriff „corporation“ jedenfalls „includes associations, joint-stock companies, and insurance companies“, also Unternehmen bzw. Verbände/Vereinigungen, Aktiengesellschaften sowie Versicherungsgesellschaften umfaßt. Generell werden als „corporation“ Gesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit, die losgelöst ist von der ihrer Anteilseigner aufgefaßt, vergleichbar mit der deutschen AG oder GmbH.²⁶⁷

Grundsätzlich werden „Corporations“ und deren Anteilseigner im US-amerikanischen Ertragsteuerrecht jeweils als separate Steuersubjekte erfaßt und der Besteuerung unterworfen. Weil die Regelungen zur Körperschaftssteuer („Corporate Tax“) in Abschnitt (Subchapter) C des IRC enthalten sind, werden Körperschaften steuerlich als „C-Corporations“ bezeichnet²⁶⁸. Das US-amerikanische Körperschaftsteuerrecht ist (ebenfalls) vom Grundsatz der Doppelbesteuerung des Gewinns („Two-Tier Tax Structure“) beherrscht: Einerseits wird der Gewinn (Netto-Einkommen) der C-Corporation auf Gesellschaftsebene der separaten „Corporate Tax“ unterworfen²⁶⁹, andererseits wird der an

²⁶⁴ § 7704 IRC. Eine wichtige Ausnahme von dieser Umklassifizierung stellt allerdings § 7704 (c) IRC für „public traded partnerships“ dar, wenn 90% oder mehr der Einkünfte derartiger Personengesellschaften in Formen von „passivem“ Einkommen (etwa solchem aus Zinsen, Dividenden, Miet- oder Pachteinnahmen aus Grundvermögen, Gewinnen aus der Veräußerung von Grundvermögen oder Einnahmen bzw. Gewinnen aus der Veräußerung von natürlichen Ressourcen [z. Bsp. Gas, Öl, Dünger, geothermischer Energie, ...], vgl. § 7704 (c) (2) iVm. § 7704 (d) IRC) bestehen.

²⁶⁵ Vgl. hierzu bereits oben 4. Teil, Abschnitt A. II. 1. a).

²⁶⁶ §§ 301-385 IRC.

²⁶⁷ Vgl. *Garner*, Black's Law Dictionary, Stichwort „corporation“.

²⁶⁸ Der Begriff „C-Corporation“ wird nachfolgend für US-amerikanische Körperschaften, die der „Corporate Tax“ unterliegen verwendet.

²⁶⁹ Die „Corporate Tax“ für C-Corporations hat einen gestaffelten Steuersatz. Die meisten C-Corporations werden in folgenden Raten besteuert: 15% auf die ersten \$50.000 des zu versteuernden Einkommens (Gewinns), 25% auf die nächsten \$25.000 (also von \$50.000 bis \$75.000), 34% auf die nächsten \$9.925.000 (also von \$75.000 bis \$10.000.000), 35% auf alles darüber hinausgehende zu versteuernde

die Anteilseigner („shareholder“) ausgeschüttete Gewinn (z. Bsp. in Form von Dividenden) sowie der Gewinn aus Veräußerung von Gesellschaftsanteilen auf der Ebene der Anteilseigner nach deren persönlichen Verhältnissen der Einkommensbesteuerung unterworfen²⁷⁰.

2. S-Corporations

Bereits im Jahr 1958 hat der US-amerikanische Kongreß Maßnahmen unternommen, die Unterschiede in der ertragsteuerlichen Behandlung von Körperschaften einerseits sowie Einzelunternehmen und Personengesellschaften andererseits gerade für Kleinunternehmen sowie mittelständische Unternehmen zu mildern (nicht jedoch abzuschaffen) und dadurch den Aufbau klein- und mittelständischer Unternehmen zu unterstützen.²⁷¹ Eine der bedeutsamsten Reformen war die Einführung des Unterabschnitts (Subchapter) S in den Internal Revenue Code. Unterabschnitt S des Internal Revenue Code ermöglicht bestimmten Körperschaften eine Wahlmöglichkeit, nicht als (selbständige) Körperschaft besteuert zu werden, sondern ihr Einkommen, Verluste und Schulden ihren Anteilseignern zuzurechnen zu lassen.²⁷² Eine Körperschaft, die von der Wahlmöglichkeit nach Unterabschnitt S des Internal Revenue Code Gebrauch macht, wird als S-Corporation bezeichnet.²⁷³

Die Wahlmöglichkeit nach Unterabschnitt S des Internal Revenue Codes steht nur für klein- und mittelständische Unternehmen („small business corporation“) zur Verfügung. Nach § 1361 (b) (1) IRC ist dies eine inländische Körperschaft, die nicht mehr als 75 Anteilseigner (aus-

Einkommen der C-Corporation, § 11 (b) (1) IRC. Eine Ausnahme sieht § 11 (b) (2) IRC für bestimmte „personal service corporations“ (dies sind Dienstleistungsunternehmen, die ausschließlich Dienstleistungen im Bereich Gesundheit, Rechts-, Steuer- oder Unternehmensberatung, Ingenieur- oder Architekturwesen oder im künstlerischen oder schauspielerischen Bereich erbringen, vgl. § 448 (d) (2) (A) IRC) vor, die mit einem linearen Steuersatz („Flat-Tax“) von 35% besteuert werden.

²⁷⁰ Vgl. § 61 (a) (7) IRC sowie § 301 IRC. Eine wesentliche Ausnahme von diesem Grundsatz stellt § 243 IRC dar, wonach 70% bis 100% (der Prozentsatz ist abhängig von Art der Ausschüttung und der Größe der die Ausschüttung empfangenden Körperschaft) der Ausschüttungen (z. Bsp. Dividenden) von C-Corporations an Anteilseigner, die ihrerseits wiederum Körperschaften sind.

²⁷¹ Kahn/Lehman, Corporate Income Taxation, S. 481.

²⁷² §§ 1361-1379 IRC.

²⁷³ § 1361 (a) IRC.

schließlich natürliche Personen oder bestimmte „trusts“²⁷⁴) und nicht mehr als eine Art von Gesellschaftsanteilen hat. Im Wesentlichen wird eine S-Corporation, ebenso wie eine Personengesellschaft (partnership) nur als „Hülle“ behandelt, die Einkünfte oder Verluste werden den Anteilseignern unmittelbar anteilig zugerechnet und die Besteuerung erfolgt nach deren persönlichen Verhältnissen. Eine Besteuerung der Körperschaft selbst unterbleibt. Allerdings bleiben für S-Corporation – abweichend von der Behandlung von Personengesellschaften – wesentliche Vorschriften für C-Corporations weiter in Kraft, insbesondere solche für Liquidationen, Reorganisationen und Umwandlungen sowie andere Transaktionen.²⁷⁵

3. „Check the box“- Regel

Da das US-amerikanische Steuerrecht nicht konkret²⁷⁶ definiert, was ein „Unternehmen“ bzw. eine „Gesellschaft“ im Sinne des Unternehmenssteuerrechts ist²⁷⁷, hat dies zunächst der U.S. Supreme Court übernommen. Die richtungsweisende Entscheidung war dabei *Morrissey v. Commissioner of Internal Revenue*²⁷⁸ aus dem Jahr 1935, in der der U.S. Supreme Court einen „Ähnlichkeitstest“ etablierte. Um zu bestimmen, ob es sich bei einer Gesellschaft um eine „Körperschaft“ (corporation) für unternehmenssteuerliche Zwecke handelt, muß diese die folgenden sechs Kriterien erfüllen:

- (1) Vorhandensein von Teilhabern/Anteilseignern (having associates),

²⁷⁴ Ein „trust“ ist vergleichbar mit der Stiftung nach deutschem Recht. Er stellt eine rechtlich eigenständige Vermögensmasse dar (gehalten vom „trustee“), die vom Stifter („settlor“) zugunsten eines Dritten („beneficiary“) zur Verfügung gestellt wurde; hierunter können auch rechtlich selbständige Nachlassvermögen fallen („estate trust“). Vgl. *Garner*; Black's Law Dictionary, Stichwort: „trust“.

Ertragsteuerlich wird der „trust“ als selbständiges Steuersubjekt erfaßt, § 641 IRC. Wesentlich ist dabei, daß das Einkommen eines „trust“ grundsätzlich nur einmal auf der Ebene des „trust“ besteuert werden soll. Vgl. hierzu im Einzelnen: *Free- and/Lathrope/Lind/Stephens*, Fundamentals of Federal Income Taxation, S. 279 ff.

²⁷⁵ § 1371 (a) IRC. Vgl. hierzu: *Bittker/Eustice*, Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders, ¶ 6.01 [2] [e].

²⁷⁶ Vgl. § 7701 (a) (3) IRC.

²⁷⁷ Vgl. hierzu bereits oben 4. Teil, Abschnitt A. II. 1.

²⁷⁸ *Morrissey v. Commissioner of Internal Revenue*, 296 U.S. 344 (1935).

- (2) Betrieb eines Unternehmens/Geschäfts und Verteilung der Gewinne als Zielsetzung (an objective to carry on business and divide the profits),
- (3) Von Änderungen im Teilhaberstamm unabhängiger Fortbestand der Gesellschaft (continuity of life),
- (4) Zentrale Geschäftsleitung (centralization of management),
- (5) Beschränkte Haftung für die Unternehmensverbindlichkeiten (limited liability for the entity's debts) und
- (6) Freie Übertragbarkeit der Gesellschaftsanteile (free transferability of interests).²⁷⁹

Dies soll eine Abgrenzung der Körperschaften von Personengesellschaften (partnerships) oder rechtsfähigen Vermögensmassen (trusts) ermöglichen. Kriterien, die sowohl z. Bsp. Personengesellschaften als auch Körperschaften erfüllen, etwa das Vorhandensein von Anteilseignern oder der Betrieb eines Unternehmens/Geschäfts, werden bei dem Test ignoriert, weil deren Vorhandensein weder auf das Vorliegen einer Körperschaft noch einer Personengesellschaft hindeutet.²⁸⁰

Diese Entscheidung des U.S. Supreme Court wurde durch die sog. „check the box“-Regel²⁸¹ des U.S.-amerikanischen Finanzministeriums (U.S. Treasury Department) weiterentwickelt.²⁸² Danach kann eine „qualifizierte Rechtspersönlichkeit“ (eligible entity) mit zwei oder mehr Anteilseignern wählen, ob sie als Körperschaft oder Personengesellschaft der Besteuerung unterworfen werden will und eine „qualifizierte Rechtspersönlichkeit“ mit (nur) einem Anteilseigner kann wählen, ob sie als Körperschaft der Besteuerung unterworfen werden will oder steuer-

²⁷⁹ *Morrissey v. Commissioner of Internal Revenue*, 296 U.S. 344 (1935) – dort: Opinion, insbes. Abschnitte 2.-4.

²⁸⁰ Vgl. hierzu: *Morrissey v. Commissioner of Internal Revenue*, 296 U.S. 344 (1935) – dort: Opinion, insbes. Abschnitt 4.

²⁸¹ Vgl. Treasury Regulation §§ 301.7701-1 bis 33-7701-3.

²⁸² Gemäß § 7805 IRC hat das US-amerikanische Finanzministerium (US Treasury Department) die grundsätzliche Kompetenz zum Erlass von Steuerrichtlinien (Treasury Regulations), die Gesetzeskraft haben. Eine Auswahl ist z. Bsp. zu finden in: *Lathrope*, *Selected Federal Taxations – Statutes and Regulations 2004 Edition*. Hiervon zu unterscheiden sind die von der U.S.-amerikanischen Finanzbehörde (Internal Revenue Service [IRS]) herausgegebenen internen Verwaltungsanweisungen, die keine Gesetzeskraft haben.

lich als eigenständige (vom Anteilseigner getrennte) Rechtspersönlichkeit ignoriert werden will (mit der Folge, daß der Anteilseigner ertragsteuerlich wie ein Einzelunternehmer behandelt wird).²⁸³ Eine „qualifizierte Rechtspersönlichkeit“ (eligible entity) ist eine Rechtspersönlichkeit, die nicht nach § 301.7701-2 (b) (1), (3), (4), (5), (6), (7) oder (8) Treasury Regulation ausdrücklich als Körperschaft aufgefaßt wird.²⁸⁴ Dies sind insbesondere solche Gesellschaften, die nach US-amerikanischen Bundes(-gesellschafts-)recht oder dem (Gesellschafts-)Recht der einzelnen US-amerikanischen Bundesstaaten als Körperschaft definiert sind.²⁸⁵ Weiterhin werden nach § 7704 IRC einige „public traded partnerships“, also Personengesellschaften, deren Anteile an öffentlichen Primär- oder Sekundärmärkten gehandelt werden, im US-amerikanischen Ertragsteuerrecht als Körperschaften und nicht als Personengesellschaften behandelt, die zuvor beschriebene Optionsmöglichkeit besteht für sie nicht.²⁸⁶ Für Gesellschaften ausländischer Rechtsordnungen definiert § 301.7701-2 (b) (8) (i) Treasury Regulation, was als Körperschaft im US-amerikanischen Steuerrecht aufgefaßt wird. Für Deutschland ist dies die Aktiengesellschaft.²⁸⁷

²⁸³ Treasury Regulation § 301.7701-3 (a).

²⁸⁴ Treasury Regulation § 301.7701-3 (a).

²⁸⁵ Vgl. § 301.7701-2 (b) (1) Treasury Regulation.

²⁸⁶ Eine wichtige Ausnahme von dieser Umklassifizierung stellt allerdings § 7704 (c) IRC für „public traded partnerships“ dar, wenn 90% oder mehr der Einkünfte derartiger Personengesellschaften in Formen von „passivem“ Einkommen (etwa solchem aus Zinsen, Dividenden, Miet- oder Pachteinnahmen aus Grundvermögen, Gewinnen aus der Veräußerung von Grundvermögen oder Einnahmen bzw. Gewinnen aus der Veräußerung von natürlichen Ressourcen [z. Bsp. Gas, Öl, Dünger, geothermischer Energie, ...], vgl. § 7704 (c) (2) iVm. § 7704 (d) IRC) bestehen. Derartige „public traded partnerships“ werden als Personengesellschaften aufgefaßt!

²⁸⁷ § 301.7701-2 (b) (8) (i) Treasury Regulation.

III. Analyse

Für die Ertragsbesteuerung von Unternehmen hat die Bestimmung des Steuersubjekts – nicht nur im Hinblick auf die Forderung nach einer rechtsformneutralen Ausgestaltung, sondern auch im Hinblick auf eine an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit orientierten Ertragsbesteuerung²⁸⁸ – eine entscheidende Bedeutung. Gesellschaften sind in erster Linie Mechanismen, durch die Menschen ihr Kapital und ihre Arbeitskraft für bzw. in einem gemeinsamen Unternehmen bündeln und sich dann die Gewinne aufteilen. Das nationale und internationale Gesellschaftsrecht stellt dabei Möglichkeiten in Gestalt vielfältiger Gesellschaftsformen zur Verfügung, in denen ein Unternehmen betrieben werden kann.

1. Integration der Gesellschaften in die Ertragsbesteuerung natürlicher Personen?

Forderungen nach einer vollständigen Abschaffung der (separaten) Unternehmensbesteuerung und deren Integration in das Ertragsteuerrecht der natürlichen Personen („Integrationsmodell“ im Sinne einer „Teilhabersteuer“²⁸⁹) kann bereits unter dem Gesichtspunkt des das Ertragsteuerrecht bestimmende Realisationsprinzips nicht gefolgt werden. Zudem ist ein solches Modell hinsichtlich der (fehlenden) steuerlichen Erfassung thesaurierter Gewinne und der damit verbundenen Steuerausfälle praktisch nicht umsetzbar. Würde man andererseits auch die thesaurierten (also die nicht realisierten) Gewinnanteile der Ertragsbesteuerung bei den Anteilseignern unterwerfen, so ist dies mit

²⁸⁸ Vgl. hierzu bereits oben 3. Teil, dort insbesondere Abschnitte A. III. 3., IV. und Abschnitte B. I., III.

²⁸⁹ Das Modell der „Teilhabersteuer“ wurde maßgeblich vertreten von: Engels/Stützel, Teilhabersteuer. Neuerdings für eine Integration der Körperschaftsteuer in die Einkommensteuer durch die Fiktion einer „steuerjuristischen Person“ aber auch: *Kirchhof*, Einkommensteuer, Gesetzbuch, S. 44 ff., 202 ff.; ders., *StuW* 2002, S. 3 ff. (14 ff.); ders., *StbJb.* 2002/03, S. 7 ff. (21, 26); ders., *DStR* 2003, Beihefter 5 zu Heft 37/2003

dem das Ertragsteuerrecht ebenfalls maßgeblich bestimmende Zuflußprinzip, § 11 EStG²⁹⁰ nicht vereinbar.²⁹¹

2. Optionsmodelle

Optionsmodelle können eine Möglichkeit darstellen, systematische Verzerrungen und Ungleichbehandlungen unterschiedlicher Rechtsformen, in denen ein Unternehmen betrieben wird, zu vermeiden bzw. zu beheben. Bestrebungen zur Einführung derartiger Optionsmodelle in das Ertragsteuerrecht finden sich nicht nur in den USA mit der zuvor beschriebenen Behandlung von S-Corporations²⁹² oder der „check the box“-Regel²⁹³ sondern auch in Deutschland.

Die „Brühler Empfehlungen“ sahen für Personengesellschaften ein Optionsmodell vor ähnlich dem für S-Corporation (nur in umgekehrter Richtung). Personengesellschaften sollte die Möglichkeit eröffnet werden, zur Besteuerung nach dem Körperschaftsteuergesetz zu optieren und ihnen dadurch insbesondere Zugang zu dem linearen Körperschaftsteuersatz gewährt werden.²⁹⁴ Dadurch sollte eine weitgehende Gleichstellung von Personengesellschaften und Körperschaften erreicht werden.²⁹⁵ Dieses Modell wurde jedoch nicht umgesetzt. Insbesondere die Einkapselung von Verlusten der Personengesellschaften in der „gewählten“ Kapitalgesellschaft („Quasi-Umwandlung“) und der damit verbundene Wegfall des Ausgleichs von Verlusten mit (anderen) positiven Einkünften des Unternehmers sowie die Frage der Ermittlung der Vorteilhaftigkeit der Option aufgrund langjähriger Ertragsprognosen wurde als unbefriedigend empfunden.²⁹⁶

²⁹⁰ Vgl. hierzu: *Lang*, in: *Tipke/Lang, Steuerrecht*, § 9 Rn. 58.

²⁹¹ Vgl. hierzu bereits ausführlich oben 3. Teil, Abschnitt A. III. 2.

²⁹² Vgl. hierzu bereits ausführlich oben 4. Teil, Abschnitt A. II. 2.

²⁹³ Vgl. hierzu bereits ausführlich oben 4. Teil, Abschnitt A. II. 3.

²⁹⁴ Brühler Empfehlungen, S. 18 ff., 72 ff.

²⁹⁵ Brühler Empfehlungen, S. 72 f.

²⁹⁶ Vgl. hierzu: *Tipke, Steuerrechtsordnung* Bd. 2, S. 1202; *Hey*, in: *H/H/R, EStG/KStG, Einf. KSt Rn. 202*; *Westerfelhaus, DStZ* 1999, S. 630 ff. (632).

Eine Optionsmöglichkeit für Personengesellschaften sieht nunmehr die Unternehmenssteuerreform 2008²⁹⁷ in Gestalt der mit § 34a EStG eingeführten Thesaurierungsbegünstigung hinsichtlich der steuerlichen Behandlung ihrer thesaurierten Gewinne vor.²⁹⁸ Hierbei handelt es sich jedoch nicht um eine „wirkliche“ Optionsmöglichkeit für Personengesellschaften zur Körperschaftsteuer unter Anwendung aller für Körperschaften geltenden Steuervorschriften, vergleichbar der Wahlmöglichkeit für S-Corporation (nur in umgekehrter Richtung) oder den „check-the-box-Regeln“ im US-amerikanischen Steuerrecht²⁹⁹. Ziel der Optionsmöglichkeit des § 34a EStG ist vielmehr lediglich, die Steuerbelastung insbesondere von ertragsstarken Personenunternehmen mit der ausländischer Kapitalgesellschaften vergleichbar zu machen.³⁰⁰

Zwar kann durch die Einführung von Optionsmöglichkeiten (sog. Rechtsfolgen-Wahlrechten) eine der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit von Unternehmen bzw. Gesellschaften entsprechende Ertragsbesteuerung grundsätzlich und verhältnismäßig einfach, d.h. ohne eine generelle strukturelle Reform des geltenden Ertragsteuerrechts erzielt werden. Allerdings könnte gegen ein Optionsrecht (Rechtsfolgen-Wahlrecht) für Personengesellschaften zum Körperschaftsteuerrecht ebenso wie im umgekehrten Fall ein solches für Körperschaften zum Ertragsteuerrecht für natürliche Personen (wie das im U.S.-amerikanischen Steuerrecht für S-Corporations)³⁰¹ eingewandt werden, daß dieses mit den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit und der Gleichmäßigkeit der Besteuerung nicht vereinbar sei. Eine gesetz- und gleichmäßige Besteuerung könne nicht erreicht werden, weil die unterschiedliche Ausübung des Rechtsfolgen-Wahlrechts durch verschiedene Steuerpflichtige zu unterschiedlichen Belastungen führe.³⁰²

²⁹⁷ BGBl. I 2007, S. 1912 ff.

²⁹⁸ Vgl. hierzu: *Lausterer/Jetter*, in: Blumenberg/Benz, Die Unternehmensteuerreform 2008, S. 9 ff.

²⁹⁹ Vgl. hierzu bereits oben, 4. Teil, Abschnitt A. II., dort insbesondere 2. und 3.

³⁰⁰ Vgl. Gesetzesbegründung zum Unternehmensteuergesetz 2008, BT-Drs. 16/4841, S. 32.

³⁰¹ Vgl. hierzu bereits oben 4. Teil, Abschnitt A. II. 2.

³⁰² So auch: Belser, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit steuerlicher Wahlrechte, S. 86 ff.; Tipke, Steuerrechtsordnung Bd. 1, S. 515 ff.; *Lang*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht § 4 Rn. 160. Vgl. dazu auch: Birk, NJW 1984, S. 1325 ff.; Weber-Grellet, DStR 1992, S. 1417 ff.

Demgegenüber sollte aber auch berücksichtigt werden, daß bereits im derzeit geltenden Steuerrecht für „verschiedene“ Steuerpflichtige unterschiedliche steuerliche Rechtsfolgen bestehen. Dies wird beispielsweise deutlich an der rechtsformabhängigen uneinheitlichen Unternehmensbesteuerung. Sofern ein Optionsmodell gesetzlich vorgesehen ist, wäre auch der Einwand der nicht gesetzmäßigen Besteuerung obsolet. Wie das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung³⁰³ ausgeführt hat, besteht für den Gesetzgeber grundsätzlich ein sehr weitgehender Spielraum für die Ausgestaltung des Steuerrechts im Einzelnen, insbesondere solange die jeweilige konkrete Ausgestaltung in sich folgerichtig ist.³⁰⁴

Weiterhin erscheint auch der Einwand nicht tragfähig, daß durch die Einführung eines Optionsmodells im Unternehmenssteuerrecht die Steuerpflichtigen die Wahl hätten, selbst zu bestimmen, mit welcher Steuer sie belastet sein wollen. Denn zum einen bilden die jeweiligen wirtschaftlichen Vorgänge die grundsätzliche Basis und Anknüpfungspunkt für das Steuerrecht. Zum anderen haben die Steuerpflichtigen bereits mit der zivilrechtlichen Wahl der jeweiligen Rechtsform, in der sie ihr Unternehmen betreiben wollen, die Möglichkeit, die diesbezüglichen steuerlichen (Rechts-)Folgen in einem gewissen Rahmen zu beeinflussen. So beabsichtigte etwa der US-amerikanische Gesetzgeber gerade mit der Schaffung der Sonderregelungen für S-Corporations, insbesondere steuerrechtliche Gesichtspunkte als Faktor dafür, in welcher (Rechts-)Form ein Unternehmen betrieben wird zu minimieren.³⁰⁵

³⁰³ Vgl. BVerfGE 13, 331 ff. (339 f., 347 f.); ferner: BVerfGE 24, 112 ff.; BVerfGE 25, 309 ff. (313); BVerfGE 26, 327 ff. (335); BVerfGE 93, 121; BVerfGE 93, 165; BVerfGE 101, 151 ff. (156 ff.); BVerfG, Beschluß v. 21.06.2006, Az. 2 BvL 2/99, NJW 2006, 2757 ff.; BVerfG, Beschluß vom 18.01.2006, Az. 2 BvR 2194/99, DStR 2006, 555 ff.

³⁰⁴ Vgl. hierzu im Einzelnen bereits oben, 3. Teil, Abschnitt B. I., dort insbesondere Unterabschnitt 2. und Abschnitt B. II.

³⁰⁵ Vgl. hierzu: Senate Report No. 1622, 83rd Congress, 2nd Session 119 (1954); Senate Report No. 1983, 85th Congress, 2nd Session 87 (1958); vgl. hierzu auch: *Bittker/Eustice*, Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders, ¶ 6.01 [1].

Allerdings könnte fraglich sein, ob Optionsmodelle der Steuervereinfachung dienen. Umfangreiche Sonderregelungen, wie sie etwa in den USA für den Steuerpflichtigen hinsichtlich der Art und Weise der Unternehmensbesteuerung bestehen (S-Corporation, „check the box“-Regel und „public-traded partnerships“)³⁰⁶ und Ausnahmen von der Ausnahme (z. Bsp. hinsichtlich bestimmter „public-traded partnerships“, die nicht der Corporate Tax unterworfen werden³⁰⁷) könnten den Anschein erwecken, daß sie zu einem unübersichtlichen, nicht homogenen Unternehmenssteuerrecht beitragen könnten. Demgegenüber ist allerdings zu bedenken, daß unterschiedliche wirtschaftliche Gegebenheiten grundsätzlich auch differenzierte steuerrechtliche Behandlungen rechtfertigen können. Es erscheint fast unmöglich, die vielfältigen wirtschaftlichen Gegebenheiten gerade in steuerrechtlicher Hinsicht soweit zu verallgemeinern und abstrahieren, daß sie sich in einem „einfachen“ Steuerrecht widerspiegeln. Dadurch würden die Vielzahl wirtschaftlicher Gegebenheiten im Steuerrecht letztlich ihren individuellen Charakter verlieren und das Steuerrecht würde nicht mehr dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gerecht.³⁰⁸

Zudem werden durch Optionsmodelle die grundlegenden, systematischen Verwerfungen eines (partiellen) dualistischen Unternehmenssteuerrechts, welches im Grundsatz auf dem Transparenz- und Trennungsprinzip beruht, nicht behoben.

³⁰⁶ Vgl. hierzu bereits ausführlich oben 4. Teil, Abschnitte A. II. 2. und 3.

³⁰⁷ Dies sind nach § 7704 (c) IRC solche „public traded partnerships“, deren Einkünfte zu 90% oder mehr in Formen von „passivem“ Einkommen (etwa solchem aus Zinsen, Dividenden, Miet- oder Pachteinnahmen aus Grundvermögen, Gewinnen aus der Veräußerung von Grundvermögen oder Einnahmen bzw. Gewinnen aus der Veräußerung von natürlichen Ressourcen [z. Bsp. Gas, Öl, Dünger, geothermischer Energie, ...], vgl. § 7704 (c) (2) iVm. § 7704 (d) IRC) bestehen. Derartige „public traded partnerships“ werden als Personengesellschaften aufgefaßt!

³⁰⁸ Vgl. hierzu bereits ausführlich oben 3. Teil, Abschnitt A. III. 3.

3. Einheitliches Steuersubjekt im Unternehmensteuerrecht

Bereits durch die Wahl der Rechtsform, in der der Unternehmer sein Unternehmen betreiben will, hat er die Möglichkeit, insbesondere in einem (partiellen) dualistischen Unternehmenssteuerrecht auf die ertragsteuerliche Behandlung seines Unternehmens Einfluß zu nehmen.

Gerade bei der derzeitigen steuerlichen Behandlung von Personengesellschaften nach dem Transparenzprinzip³⁰⁹ handelt es sich dabei gewissermaßen um ein „partielles Integrationsmodell“ der Unternehmensbesteuerung. Dieses ist jedoch hinsichtlich der damit verbundenen systematischen Verzerrungen³¹⁰ mit einer an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit orientierten Ertragsbesteuerung von Unternehmen nicht vereinbar.³¹¹

Hält man grundsätzlich an einer strukturellen Differenzierung zwischen Körperschaft und Personengesellschaft im Sinne eines dualistischen, vom Transparenz- und Trennungsprinzip beherrschten Ertragsteuerrecht fest, so sind Differenzierungsmerkmale erforderlich, um beurteilen zu können, ob eine Gesellschaft in der einen oder der anderen Weise zu besteuern ist. Generell sind dies diejenigen Differenzierungsmerkmale, die der U.S. Supreme Court bereits im Jahr 1935 in *Morrissey v. Commissioner of Internal Revenue*³¹² für das US-amerikanische Ertragsteuerrecht aufgestellt hat.³¹³

Mit einem rechtsvergleichenden Blick auf die Entwicklung in USA nach *Morrissey v. Commissioner of Internal Revenue*³¹⁴ ist jedoch festzustellen, daß sich an einer strikten dualistischen Unternehmensbesteuerung mit einer Trennung zwischen Personengesellschaften und Körperschaften nicht festhalten läßt. Probleme mit dem vom U.S. Supreme

³⁰⁹ Vgl. hierzu bereits ausführlich oben 2. Teil, Abschnitte B. und C.

³¹⁰ Vgl. hierzu bereits oben 4. Teil, Abschnitt A. I.

³¹¹ Vgl. hierzu bereits ausführlich oben 3. Teil, insbesondere Abschnitt A.

³¹² *Morrissey v. Commissioner of Internal Revenue*, 296 U.S. 344 (1935).

³¹³ Vgl. hierzu bereits oben 4. Teil, Abschnitt A. II. 3.

³¹⁴ *Morrissey v. Commissioner of Internal Revenue*, 296 U.S. 344 (1935).

Court in *Morrissey v. Commissioner of Internal Revenue*³¹⁵ aufgestellten „Ähnlichkeitstest“ traten insbesondere auf, als in den USA immer komplexere Personengesellschaftsformen eingeführt wurden, die hinsichtlich ihrer Struktur und zivilrechtlichen Haftungsausgestaltung immer mehr der „klassischen“ Körperschaft entsprechen. Dadurch wurden die gesellschaftsrechtlichen Unterschiede zwischen Personengesellschaft einerseits und Körperschaft andererseits immer weiter eingeengt. Beispielsweise führte die Einführung der Limited Liability Company (LLC) oder der Limited Liability Partnership (LLP) – beides in gesellschaftsrechtlicher Hinsicht Personengesellschaften, jedoch mit zivilrechtlich begrenzter Haftung der Gesellschafter³¹⁶ – dazu, daß das Kriterium der „beschränkten zivilrechtlichen Haftung“³¹⁷ zur Abgrenzung von der „klassischen“ Körperschaft bedeutungslos wurde.³¹⁸ Dies war schließlich der ausschlaggebende Punkt für das im Jahr 1997 vom U.S.-amerikanischen Finanzministerium mit der „check the box“-Regel³¹⁹ eingeführte generelle Wahlrecht³²⁰ hinsichtlich der ertragssteuerlichen Behandlung von Gesellschaften „wie“ Körperschaften.³²¹

Die derzeitige Entwicklung in Deutschland und der Europäischen Union hinsichtlich des Gesellschaftsrecht ähnelt der historischen Entwicklung in den USA. Zwar sind dem deutschen Gesellschaftsrecht bisher Formen von Personengesellschaften mit zivilrechtlich beschränkter Haftung der Gesellschafter, abgesehen von der Mischform der GmbH & Co. KG grundsätzlich fremd.

³¹⁵ *Morrissey v. Commissioner of Internal Revenue*, 296 U.S. 344 (1935).

³¹⁶ Vgl. hierzu: *Klein/Coffee*, Business Organization and Finance, S. 100 ff.

³¹⁷ Vgl. hierzu bereits oben 4. Teil, Abschnitt A. II. 3.

³¹⁸ Vgl. hierzu: *Lind/Schwarz/Lathrope/Rosenberg*, Fundamentals of Corporate Taxation, S. 44 ff.

³¹⁹ Vgl. Treasury Regulation §§ 301.7701-1 bis 33-7701-3.

³²⁰ Vgl. hierzu bereits oben 4. Teil, Abschnitt A. II. 3.

³²¹ *Lind/Schwarz/Lathrope/Rosenberg*, Fundamentals of Corporate Taxation, S. 46; *Kahn/Lehman*, Corporate Income Taxation, S. 51.

Allerdings gibt es derartige Rechtsformen in der Europäischen Union. So bietet das britische Gesellschaftsrecht mit der Rechtsform der Limited Liability Partnership (LLP)³²² die Möglichkeit der zivilrechtlichen Haftungsbegrenzung auch für Unternehmen, die als „reine“ Personengesellschaften geführt werden³²³. Die LLP nach britischem Recht ist eine juristische Person, die hinsichtlich ihrer Gesellschaftsform, ihren Bilanzierungs- und Veröffentlichungspflichten sowie ihres Organisationsstatuts und ihrer Haftungsstruktur in vieler Hinsicht Merkmale einer Kapitalgesellschaft nach deutschem Recht aufweist, andererseits aber durch die Gesellschafterstruktur und die Haftung des handelnden Partners neben der Gesellschaft für Ansprüche des Kunden wesentliche Grundzüge einer Personengesellschaft nach deutschem Recht aufweist.³²⁴

Aufgrund der europarechtlichen Niederlassungsfreiheit (Art. 43 und 48 EG) steht die Rechtsform der britischen LLP auch für deutsche Unternehmen zur Verfügung³²⁵. Zudem wird die Wahl von in anderen europäischen Mitgliedsstaaten zur Verfügung gestellten Gesellschaftsrechtsformen für deutsche Unternehmen, deren Hauptsitz in Deutschland liegen soll, aufgrund neuerer Entwicklungen in der deutschen Gesetzgebung zum internationalen Gesellschaftsrecht mit der Einführung der Gründungstheorie zunehmend gefördert und erleichtert.³²⁶

Damit wird auch die im bisherigen deutschen dualistischen Ertragssteuerrecht vorgenommene Differenzierung zwischen Personengesellschaft und „klassischer“ Körperschaft zunehmend problematisch und kann zu Verwerfungen mit Rechtsordnungen anderer

³²² United Kingdom Statute 2000 c 12 (UK ST 2000 c 12).

³²³ Vgl. United Kingdom Statute 2000 c 12 s 1 (4).

³²⁴ Vgl. hierzu im Einzelnen: Schnittker/Bank, Die LLP in der Praxis.

³²⁵ Vgl. z. Bsp. für die Bedeutung der LLP im Zusammenhang mit Rechtsanwalts-gesellschaften: Henssler/Mansel, Die Limited Liability Partnership als Organisations-form anwaltlicher Berufsausübung, NJW 2007, 1393 ff.

³²⁶ Bundesministerium der Justiz: Gesetzentwurf (Referentenentwurf): „Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen“ vom 07.01.2008, abrufbar unter: <http://www.bmj.bund.de>. Vgl. hierzu bereits oben 4. Teil, Abschnitt A. I.

EU-Mitgliedsstaaten führen. Für die deutsche ertragsteuerliche Behandlung der US-amerikanischen Limited Liability Company (LLC) konnte sich das BMF beispielsweise nicht festlegen, ob diese als Personengesellschaft oder Körperschaft einzustufen ist, *im Zweifel* sei sie als Körperschaft einzuordnen.³²⁷

Wie wäre nun die britische Gesellschaftsform der Limited Liability Partnership (LLP)³²⁸ in das bisherige deutsche dualistische Ertragsteuerrecht einzuordnen? Nach den von der Rechtsprechung des RFH und BFH entwickelten Grundsätzen des zweistufigen Rechtstypenvergleichs ist darauf abzustellen, ob ein nach ausländischem Recht errichtetes Gebilde einer inländischen Körperschaft i.S.d. § 1 I Nr. 1 KStG oder einer sonstigen juristischen Person i.S.d. § 1 I Nr. 4 KStG gleicht.³²⁹

Ein ausländisches Gebilde ist danach als Körperschaft einzuordnen, wenn sich bei einer Gesamtbetrachtung der einschlägigen ausländischen Bestimmungen und der getroffenen Vereinbarungen über die Organisation und die Struktur des Gebildes ergibt, daß dieses rechtlich und wirtschaftlich einer inländischen Körperschaft oder sonstigen juristischen Person gleicht. Die für eine Einordnung als Körperschaft danach maßgeblichen Kriterien sind im Wesentlichen die gleichen, wie die in dem vom U.S. Supreme Court in *Morrissey v. Commissioner of Internal Revenue*³³⁰ aufgestellten „Ähnlichkeitstest“³³¹.

Die britische LLP ist kraft Gesetzes wie eine Körperschaft, also als juristische Person mit eigener, von der ihrer Gesellschafter losgelösten Rechtspersönlichkeit ausgestaltet³³². So ist insbesondere auch ihr Fortbestand von Änderungen im Teilhaberstamm unabhängig (continuity of life). Weiterhin besitzt die britische LLP eine zivilrechtliche Haftungs-

³²⁷ Vgl. hierzu: BMF-Schreiben vom 19.03.2004, Az.: IV B 4 - S 1301 USA - 22/04, dort unter Abschnitt V., abrufbar unter: <http://www.bundesfinanzministerium.de>.

³²⁸ United Kingdom Statute 2000 c 12 (UK ST 2000 c 12).

³²⁹ RFH, RStBl. 1930, S. 444; BFH, BStBl. II 1968, S. 695; BFH, BStBl. II 1988, S. 588; BFH, BStBl. II 1992, S. 972; BFH, BStBl. II 1993, S. 399.

³³⁰ *Morrissey v. Commissioner of Internal Revenue*, 296 U.S. 344 (1935).

³³¹ Vgl. hierzu bereits oben 4. Teil, Abschnitt A. II. 3.

³³² Vgl. United Kingdom Statute 2000 c 12 s 1 (2) sowie United Kingdom Statute 2000 c 12 Explnt Para 1 „Overview of the Limited Liability Partnership“.

begrenzung der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten³³³ und gewährleistet die freie Übertragbarkeit der Gesellschaftsanteile³³⁴.

Würde man danach die britische Limited Liability Partnership (LLP) – ebenso wie die US-amerikanische Limited Liability Company (LLC) – für das deutsche Ertragsteuerrecht als Körperschaft einordnen³³⁵, so führt dies zu grundlegenden Verwerfungen mit der vom britischen Recht vorgegebenen steuerlichen Behandlung der LLP. Danach soll die britische LLP ausdrücklich wie eine Personengesellschaft der Ertragsbesteuerung unterworfen werden.³³⁶ Eine davon abweichende steuerliche Behandlung der britischen LLP als Körperschaft i.S.d. deutschen Körperschaftssteuerrechts könnte damit gegen das europarechtliche Diskriminierungsverbot verstoßen. Denn unter dem Gesichtspunkt der europarechtlichen Niederlassungsfreiheit leitet der EuGH aus Art. 43 I 2 EGV ein Gebot der Gleichwertigkeit der Niederlassung in unterschiedlicher Rechtsform ab.³³⁷ Würde man danach dem ausdrücklichen Willen des britischen Gesetzgebers zur Klassifizierung der britischen LLP als Personengesellschaft auch im deutschen Ertragsteuerrecht nachgehen, stellt man damit die klassische Rechtfertigung der deutschen Körperschaftsteuer und somit den Dualismus der (rechtsformabhängigen) Unternehmensbesteuerung in Deutschland in Frage.³³⁸

³³³ Vgl. hierzu: United Kingdom Statute 2000 c 12 s 1 (1), (2), (4) sowie United Kingdom Statute 2000 c 12 Explnt Para 1 „Commentary on Sections – Introductory – Section 1“.

³³⁴ Vgl. hierzu: United Kingdom Statute 2000 c 12 s 4 (2), (3) sowie United Kingdom Statute 2000 c 12 Explnt Para 1 „Commentary on Sections – Introductory – Section 4“.

³³⁵ Vgl. hierzu: BMF-Schreiben vom 19.03.2004, Az.: IV B 4 - S 1301 USA - 22/04, dort unter Abschnitt V., abrufbar unter: <http://www.bundesfinanzministerium.de>.

³³⁶ Vgl. hierzu: United Kingdom Statute 2000 c 12 s 10 (1) sowie United Kingdom Statute 2000 c 12 Explnt Para 1 „Taxation“.

³³⁷ Vgl. bereits: EuGH Urt. v. 28.01.1986 Rs. 270/83, EuGHE 1986, S. 273 („avoir fiscal“); sowie EuGH, Urt. v. 10.03.1988 Rs. 81/87, EuGHE 1988, S. 5483 („Daily Mail“); EuGH Urt. v. 29.04.1999 Rs. C-311/97, IWB F. 11a (1999) S. 347 („Royal Bank of Scotland“).

³³⁸ Vgl. hierzu bereits oben 2. Teil.

Die Einführung eines generellen steuerlichen Wahlrechts – vergleichbar der „check the box“-Regel³³⁹ des U.S.-amerikanischen Steuerrechts – in das deutsche Ertragsteuerrecht, wonach die Gesellschaften wählen können, ob sie als Körperschaft der Ertragsbesteuerung unterworfen werden wollen, würde die strukturellen Probleme einer grundsätzlich dualistischen Ertragsbesteuerung von Unternehmen nicht lösen und zudem nicht zur Steuervereinfachung beitragen.³⁴⁰

Die Einführung einer einheitlichen Unternehmensbesteuerung mit einem einheitlichen Steuersubjekt, welches Körperschaften und Personengesellschaften gleichermaßen erfaßt, könnte eine Lösung darstellen. Dadurch lassen sich die oben beschriebenen systematischen Verwerfungen, die insbesondere auch durch neue, für deutsche Unternehmen künftig zur Verfügung stehende Gesellschaftsrechtsformen anderer EU-Mitgliedsstaaten vermeiden, weil Gesellschaftsformen einheitlich als Steuersubjekte erfaßt und der Ertragsbesteuerung unterworfen werden.

IV. Zusammenfassung

Ein Festhalten an der bisherigen dualistischen Ertragsbesteuerung von Unternehmen mit der Differenzierung von Personengesellschaften einerseits und Körperschaften andererseits ist nicht mehr möglich. Dies macht insbesondere die aktuelle gesellschaftsrechtliche Entwicklung in der Europäischen Union mit den nun auch für Unternehmen mit Hauptsitz in Deutschland unter Geltung des Gründungsrechts zur Verfügung stehenden neuen Gesellschaftsrechtsformen anderer EU-Mitgliedsstaaten deutlich.

³³⁹ Vgl. hierzu bereits oben 4. Teil, Abschnitt A. II. 3.

³⁴⁰ Vgl. hierzu bereits oben 4. Teil, Abschnitt A. III. 2.

Forderungen nach einer vollständigen Abschaffung der (separaten) Unternehmensbesteuerung und deren Integration in das Ertragsteuerrecht der natürlichen Personen („Integrationsmodell“ im Sinne einer „Teilhabersteuer“³⁴¹) kann bereits aufgrund des das Ertragsteuerrecht bestimmende Realisationsprinzips nicht gefolgt werden.³⁴²

Die Einführung von Optionsmodellen oder eines generellen steuerlichen Wahlrechts – vergleichbar der „check the box“-Regel³⁴³ des U.S.-amerikanischen Steuerrechts – in das deutsche Ertragsteuerrecht, wonach die Gesellschaften wählen können, ob sie als Personengesellschaft oder als Körperschaft der Ertragsbesteuerung unterworfen werden wollen, führt zu einem heterogenen Unternehmenssteuerrecht und würde die grundlegenden, systematischen Verwerfungen eines (partiellen) dualistischen Unternehmensteuerrechts nicht beheben.³⁴⁴

Eine homogene Lösung könnte die Einführung einer einheitlichen Unternehmensbesteuerung mit einem einheitlichen Steuersubjekt darstellen, welches Körperschaften und Personengesellschaften gleichermaßen erfaßt.³⁴⁵

³⁴¹ Das Modell der „Teilhabersteuer“ wurde maßgeblich vertreten von: Engels/Stützel, Teilhabersteuer. Neuerdings für eine Integration der Körperschaftsteuer in die Einkommensteuer aber auch: *Kirchhof*, Einkommensteuer, Gesetzbuch, S. 44 ff., 202 ff.; ders., *StuW* 2002, S. 3 ff. (14 ff.); ders., *StbJb.* 2002/03, S. 7 ff. (21, 26).

³⁴² Vgl. hierzu bereits oben 4. Teil, Abschnitt A. III. 1.

³⁴³ Vgl. hierzu bereits oben 4. Teil, Abschnitt A. II. 3.

³⁴⁴ Vgl. hierzu bereits oben 4. Teil, Abschnitt A. III. 2.

³⁴⁵ Vgl. hierzu bereits oben 4. Teil, Abschnitt A. III. 3.

B. Überlegungen zur Art und Weise der Kapitalaufbringung und deren Auswirkung im Rahmen der Unternehmensbesteuerung

Das Unternehmensteuerrecht bzw. die Ertragsbesteuerung der von Gesellschaften gleich welcher Rechtsform betriebenen Unternehmen ist wesentlich geprägt von Transaktionen zwischen dem Unternehmen und dem Anteilseigner. Von besonderer Bedeutung im Unternehmensteuerrecht ist hier der Aspekt der Kapitalaufbringung, insbesondere das Verhältnis von Fremdkapital zu Eigenkapital („debt versus equity“). Dabei ist das Augenmerk jedoch nicht einzig und allein auf die steuerliche Behandlung auf Unternehmensebene zu richten, sondern auch auf die ertragsteuerliche Behandlung daraus resultierender Erträge bei dem Anteilseigner bzw. Investor³⁴⁶.

I. Einführung – Möglichkeiten der Kapitalaufbringung für Unternehmen im deutschen und US-amerikanischen Recht

1. Möglichkeiten der Kapitalaufbringung im deutschen Recht

Im Allgemeinen hat eine Gesellschaft im deutschen Recht zwei Möglichkeiten zur Kapitalaufbringung: Zum einen den „Verkauf“ von Gesellschaftsanteilen³⁴⁷ und zum anderen die Aufnahme von Krediten bzw. Darlehen (vgl. §§ 488 ff. BGB) oder die Ausgabe von Inhaberschuldverschreibungen (§ 793 BGB) oder anderen Wertpapieren³⁴⁸.

³⁴⁶ Vgl. hierzu nachfolgend 4. Teil, Abschnitt C.

³⁴⁷ Vgl. einerseits bei Kapitalgesellschaften: z. Bsp. für die GmbH § 13 II i.V.m. §§ 14 ff. GmbHG und für die Aktiengesellschaft §§ 1 I 2, II i.V.m. §§ 54 ff. AktG und andererseits bei Personengesellschaften: z. Bsp. für die oHG §§ 105 I, III HGB i.V.m. §§ 718 f. BGB, für die KG § 161 I, II, 105 III HGB i.V.m. §§ 718 f. BGB oder auch die stille Gesellschaft, § 230 HGB i.V.m. §§ 718 f. BGB.

³⁴⁸ Wertpapiere sind nach herrschender Meinung Urkunden, ohne deren Innehabung ein darin verbrieftes privates Recht nicht geltend gemacht werden kann (vgl.

Dabei müssen unter dem Begriff „Kredite“ bzw. „Darlehen“ nicht allein (Geld-) Darlehen i.S.v. §§ 488 ff. BGB zu verstehen sein. Auch an „Kredite“ in Form von (noch nicht) fälligen, aber (noch) nicht getilgten oder gestundeten Forderungen von (Waren-)Lieferanten oder anderen Dienstleistern, welche diese gegenüber der Gesellschaft haben, kann in diesem Zusammenhang gedacht werden.

2. Möglichkeiten der Kapitalaufbringung im US-amerikanischen Recht

Grundsätzlich ähnlich verhält es sich auch im US-amerikanischen Recht: Eine Gesellschaft kann Kapital einerseits durch den Verkauf ihrer Gesellschaftsanteile („stock“) und andererseits durch Schuldenaufnahme in Form von Krediten bzw. Darlehen oder Wertpapieren („bonds“) beschaffen.

a) Der Begriff „stock“

Unter dem Begriff „stock“ versteht man einen – vermittelt durch die Anzahl der Anteile („share“) – proportionalen rechtlichen (An-)Teil an einer Gesellschaft (und deren Vermögen), welcher dem Inhaber

Hueck/Canaris, Recht der Wertpapiere, § 1 I 1; Zöllner, Wertpapierrecht, § 3 III 4 b). Nach der Art des verbrieften Rechts unterscheidet man Mitgliedschaftspapiere (z. Bsp. Aktien), sachenrechtliche Wertpapiere (z. Bsp. den Hypotheken- oder Grundschuldbrief) und forderungsrechtliche Wertpapiere (z. Bsp. Verschreibungen auf den Inhaber, § 793 BGB = Inhaberschuldverschreibungen). Im Bereich der forderungsrechtlichen Wertpapiere haben besondere Bedeutung: 1. Namenspapiere (Rektapapiere) (z. Bsp. Sparbrief, Sparbuch), die den Berechtigten namentlich bezeichnen und bei denen nur dieser oder sein Rechtsnachfolger, dem der Nachweis des Übergangs obliegt, zur Geltendmachung des Anspruchs berechtigt ist; 2. Inhaberpapiere (z. Bsp. Inhaberschuldverschreibung), bei denen der Aussteller die Leistung dem jeweiligen Inhaber des Papiers verspricht, die Durchsetzbarkeit des Rechts also an die Innehabung (nicht notwendigerweise den unmittelbaren Besitz) des Papiers geknüpft ist und die Inhaberschaft die widerlegbare Vermutung der materiellen Berechtigung begründet, wodurch Inhaberpapiere verkehrsfähig(er) werden; 3. Orderpapiere (z. Bsp. der Wechsel, Art. 1, 11 ff. WG, oder handelsrechtliche Orderpapiere, § 363 HGB), die den Inhaber namentlich benennen, jedoch das verbiefte Recht durch Indossament – eine schriftliche Erklärung, zu der i.d.R. ein Begebungsvertrag, d.h. die Einigung über den Rechtsübergang, hinzukommen muß – übertragen werden kann und 4. Legitimationspapiere (z. Bsp. Leihhausschein, Depotschein der Bank, vgl. § 808 BGB), welche Urkunden sind, gegen deren Vorlage der Schuldner an den Inhaber mit befreiender Wirkung leisten kann, ohne hierzu verpflichtet zu sein – sie sind dann Wertpapiere, wenn der Aussteller zwar nicht schon aufgrund der Vorlage des Papiers zur Zahlung verpflichtet ist, seine Zahlung aber von dieser Vorlage abhängig machen kann und die Zahlung dann befreiende Wirkung hat.

(„Besitzer“) der Anteile das Recht gibt, an Unternehmensentscheidungen der Gesellschaft mitzuwirken und an dem Einkommen bzw. dem Gewinn der Gesellschaft teilzuhaben.³⁴⁹ Ein rechtlicher (Gesellschafts-)Anteil („share“) repräsentiert somit den Eigentümeranspruch des Gesellschafters an der Gesellschaft („equity or ownership interest“).³⁵⁰ Dieser Gesellschaftsanteil („share of stock“) ist damit nach US-amerikanischem Recht zugleich eine Art Wertpapier („security“), d.h. ein Instrument, welches das Recht an einem Unternehmens- bzw. Gesellschaftsanteil widerspiegelt.³⁵¹

Die Gesellschaftsanteile („stock“) können in folgende Gruppen unterteilt werden: „common stock“ und „preferred stock“. „Common stock“ ist der gewöhnliche Gesellschaftsanteil an einer Gesellschaft („corporation“).³⁵² Anteilseigner bzw. Gesellschafter, welche diese Art von Gesellschaftsanteil erwerben bzw. besitzen („common stockholders“), sind normalerweise Eigentümer der Gesellschaft in Höhe ihres jeweiligen Gesellschaftsanteils und sind untereinander (d.h. innerhalb dieser Gesellschaftsanteilsart des „common stock“ und in Abhängigkeit von der Höhe ihres jeweiligen Gesellschaftsanteils) gleichermaßen an der Geschäftsführung sowie an den Gewinnen und endgültigen Verteilungen von Gesellschaftsvermögen beteiligt.³⁵³ Allerdings können „common stockholders“ keinerlei Pfandrechte am Gesellschaftsvermögen erwerben bzw. besitzen³⁵⁴ noch können sie nicht ausgeschüttete Dividenden aus zurückliegenden Jahren beanspruchen.³⁵⁵

Vgl. hierzu auch: *Sprau*, in: Palandt, Einf. v. § 793 m.w.N.; Hueck/Canaris, Recht der Wertpapiere sowie Zöllner, Wertpapierrecht.

³⁴⁹ Vgl. *Garner*; Black's Law Dictionary, Stichwort: „stock“ (4).

³⁵⁰ Vgl. *Garner*; Black's Law Dictionary, Stichwort: „share“ (2).

³⁵¹ Vgl. hierzu: *Garner*; Black's Law Dictionary, Stichwort: „security“ (4).

³⁵² 18 C.J.S. Corporations § 206.

³⁵³ *Elko Lamoille Poer Co. v. Commissioner of Internal Revenue*, 50 F.2d 595 (C.C.A. 9th Cir. 1931).

³⁵⁴ *In re Collier's Estate*, 112 Misc. 70, 182 N.Y.S. 93 (Sur.Ct. 1920).

³⁵⁵ 18 C.J.S. Corporations § 206; *Lockwood v. General Abrasive C.*, 210 A.D. 141, 205 N.Y.S. 511 (4th Dep't 1924), *aff'd*, 240 N.Y. 592, 148 N.E. 719 (1925).

Gesellschafter, die „preferred stock“ besitzen, sind gegenüber „common stockholders“ in durch Vereinbarung mit der Gesellschaft bestimmter Art und Weise besonders bevorrechtigt.³⁵⁶

Dies kann zum Beispiel in Form von besonderen Dividendenzahlungen geschehen, die bevorrechtigt vor jeglichen Gewinnausschüttungen an „common stock-holders“ befriedigt werden³⁵⁷. Es kann sich aber auch um jedwede anderweitige Bevorrechtigung handeln (etwa im Hinblick auf das Stimmrecht o.a.).³⁵⁸ „Preferred stockholders“ sind allerdings nur insoweit bevorrechtigt, wie es ausdrücklich und deutlich in dem Gesellschaftsvertrag bzw. dem Vertrag zwischen „preferred stockholder“ und der Gesellschaft festgelegt worden ist.³⁵⁹

b) Der Begriff „bond“

Unter dem Begriff „bond“ versteht man generell ein schriftliches Versprechen, einen bestimmten Geldbetrag sowie vereinbarte Zinsen bei Eintreten bestimmter Umstände (z. Bsp. Zeitablauf) zu zahlen.³⁶⁰ Allein der Umstand, daß ein Dokument als „bond“ bezeichnet wird, bedeutet allerdings noch nicht, daß es sich dabei auch um einen „bond“ im Rechtssinne handelt. Maßgeblich ist vielmehr, daß er insbesondere die zuvor beschriebenen Charakteristika eines „bonds“ erfüllt.³⁶¹ Insofern gleichen sie einem (Geld-)Darlehen (§§ 488 ff. BGB) nach deutschem Recht. Allerdings können „bonds“ sehr vielfältig ausgestaltet sein. So besteht beispielsweise ein weiter Gestaltungsspielraum im Hinblick auf die Laufzeit und Verzinsung.³⁶² Auch können sie eine Art

³⁵⁶ 18 C.J.S. Corporations § 207.

³⁵⁷ Georgia Power Co. v. Watts, 184 Ga. 135, 190 S.E. 654, 110 A.L.R. 465 (1937).

³⁵⁸ Staring v. American Hair & Felt Co., 21 Del. Ch. 380, 191 A. 887, 890 (1937), decree aff'd by, 21 Del. Ch. 431, 2 A. 2d 249 (1937).

³⁵⁹ Robinson v. T.I.M.E.-DC, Inc., 566 F.Supp. 1077 (N.D. Tex. 1983); 18 C.J.S. Corporations § 207.

³⁶⁰ Vgl. *Garner*, Black's Law Dictionary, Stichwort: „bond“ (2). Meist wird mit dem Begriff „bond“ jedoch ein längerfristiges, grundpfandrechtlich (dies erfolgt im US-amerikanischen Recht im Allgemeinen durch eine Hypothek [„mortgage“] – vgl. hierzu: *Hay*, Law of the United States, Rn. 474 f.; *Garner*, Black's Law Dictionary, Stichwort: „mortgage“) gesichertes Darlehen bezeichnet, während unter dem (Unter-)Begriff „debenture“ oder „unsecured bond“ ein längerfristiges, nicht weiter bzw. besonders besichertes Darlehen verstanden wird. Vgl. hierzu: *Garner*, Black's Law Dictionary, Stichwort: „debenture“ (3).

³⁶¹ „Substance over form“. Vgl. *Garner*, Black's Law Dictionary, Stichwort: „bond“ (2) m.w.N.

³⁶² Unter dem Gesichtspunkt der Verzinsung wurde von der traditionellen Festverzinsung (z. Bsp. 3% p.a.) mehr und mehr abgekommen und zu „variablen“

Wertpapier („security“) darstellen³⁶³. Unter einem „Wertpapier“ versteht man im US-amerikanischen Recht ein Papier, das Beweis liefert dafür, daß sein Besitzer Inhaber eines bestimmten, im Papier bezeichneten Rechts ist.³⁶⁴ Insoweit besteht Ähnlichkeit mit dem Begriff Wertpapier im deutschen Recht³⁶⁵. Andererseits kann ein „Wertpapier“ („security“) im US-amerikanischen Recht bedeutend vielfältiger als im deutschen Recht ausgestaltet sein, vgl. hierzu im Einzelnen auch den Securities Act of 1933 (15 U.S.C. § 77b(1)).³⁶⁶ Insbesondere Derivate („derivatives“) können auch unter diesen Begriff fallen.

c) Derivate

Mit Derivaten stehen Gesellschaften – zum Teil hochkomplexe – Finanzinstrumente zur Verfügung, die auch zur Kapitalaufbringung genutzt werden können.

aa) Definition des Begriffs „Derivat“

Mit dem Begriff „Derivat“ wurde der englische Begriff „derivative“ übernommen. Darunter versteht man ein Finanzinstrument (auch in Gestalt eines Wertpapiers), dessen eigener Wert von der Entwicklung einer

Verzinsungsformen gewechselt, etwa durch Koppelung der Höhe der Verzinsung an etablierte Zins-Indizes wie den LIBOR (London InterBank Offered Rate), an die Entwicklung von Aktien-Indizes wie den DAX oder eines bestimmten Aktienfonds-Korb (Auswahl gewisser börsennotierter Aktienfonds). Im Zusammenhang mit der Laufzeit von Anleihen (handelbaren Darlehen) wurde etwa die vorzeitige Fälligkeit entwickelt, wenn zu bestimmten Zinsfälligkeitsterminen während der Laufzeit der Anleihe ein bestimmter Gesamtzinswert an den Inhaber der Anleihe ausgezahlt wurde (Beispiel: Begeben wurde eine Anleihe mit 5-jähriger Laufzeit [Endfälligkeit] und jährlicher Zinszahlung zu einem bestimmten Termin. Vereinbart ist weiterhin, daß die Anleihe vorzeitig [end-]fällig und vom Begeber zurückgenommen wird, wenn zu den vorangegangenen Zinszahlungsterminen seit Beginn der Anleihe in Summe ein Zins in Höhe von insgesamt 15% auf den Nennwert der Anleihe gezahlt wurde.). Denkbar sind des weiteren auch Kombinationen von Innovationen zur Verzinsung und Laufzeit von Anleihen. Vgl. auch: *Klein/Coffee*, Business Organization and Finance, S. 281 f.

³⁶³ Vgl. hierzu: *Garner*, Black's Law Dictionary, Stichwort: „security“ (4).

³⁶⁴ Vgl. hierzu: *Garner*, Black's Law Dictionary, Stichwort: „security“ (4).

³⁶⁵ Siehe hierzu bereits oben, 4. Teil, Abschnitt B. I. 1., Fn. 348.

³⁶⁶ Vgl. zum Wertpapierrecht im Zusammenhang mit dem US-Gesellschaftsrecht: 14 Fletcher Cyc. Corp. §§ 6790 ff. (Ch. 59C).

Zur US-Gesetzgebung im Hinblick auf das US-Wertpapierrecht vgl. insbesondere: Securities Act of 1933 (15 U.S.C.A. §§ 77a ff.), Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C.A. §§ 78a ff.), Public Utility Holding Company Act of 1935 (15 U.S.C.A. §§ 79a ff.), Trust Indenture Act of 1939 (15 U.S.C.A. §§ 77aaa ff.), Investment Company Act of 1940 (15 U.S.C.A. §§ 80a ff.) und den Investment Advisers Act of 1940 (15 U.S.C.A. §§ 80b-1 ff.). Zur U.S.-Gesetzgebung im Wertpapierrecht aus neuerer Zeit vgl. insbesondere: Securities Investor Protection Act of 1970 (15 U.S.C.A. §§ 78aaa ff.), Insider

zweiten Quelle oder Rechts abhängt bzw. abgeleitet („derive“) wird, wie etwa einem zu Grunde liegenden (öffentlich handelbaren, d.h. börsennotierten) Gesellschaftsanteilsrechts („stock“), einer handelbaren Schuldverschreibung (etwa in Form eines Wertpapiers verkörpert Darlehens) („bonds“), Aktienindex, Geldwährung oder ähnlichem.³⁶⁷

bb) Grundformen von Derivaten

Im Allgemeinen können Derivate zur Absicherung gegen Marktrisiken – etwa in Form von Kurs- oder Zinssicherungsgeschäften („hedging“), zum Management von (Betriebs-)Vermögen oder zur Optimierung von (Unternehmens-)Gründungskosten oder aber auch als Spekulationsmittel zur Erzielung von (Kurs-)Gewinnen genutzt werden.³⁶⁸

In den letzten Jahren wurden sehr vielfältige Formen von Derivaten entwickelt. Diese lassen sich grundlegend in nachfolgende Gruppen unterscheiden³⁶⁹:

Trading and Securities Fraud Enforcement Act of 1982 (15 U.S.C.A. § 78u-1) sowie zuletzt den Sarbanes-Oxley-Act of 2002 (Pub L No 107-204, 116 Stat 745 [2002]).

³⁶⁷ Vgl. hierzu ausführlich: Procter & Gamble Co. v. Bankers Trust Co. and BT Securities Corp., 925 F.Supp. 1270 (U.S. District Court, S.D. Ohio, Western Division, May 1996), dort unter IV. A.-E. sowie: *Garner*; Black's Law Dictionary, Stichwort: „derivative“ (1).

³⁶⁸ Singher, 18 Fordham Int'l Law Journal 1397 (1405 f.) (1995). Zum möglichen Einsatz von Derivaten – hier eines Swaps – zur Kurs- bzw. Zinssicherungszwecken vgl. beispielsweise ausführlich: Procter & Gamble Co. v. Bankers Trust Co. and BT Securities Corp., 925 F.Supp. 1270 (U.S. District Court, S.D. Ohio, Western Division, May 1996). Im dortigen Fall hat Procter & Gamble (P & G) mit Bankers Trust (B T) zwei Zinssicherungsgeschäfte in Form eines Swaps abgeschlossen. Zweck dieses Derivategeschäfts ist es grundsätzlich, daß sich P & G gegen Schwankungen bei der Zinsrate/-höhe bei Aufnahme von Darlehen/Krediten (mit anderen Vertragspartnern) absichern wollte (sog. „hedging“ – „Kappen“ von Zins- oder Kursspitzen). Aufgrund (unerwarteter) grundlegender Veränderungen der Marktlage bei den Referenzkursen (hier u.a. der Kurs der DM – Deutschen Mark – wg. Ansteigen der Zinssätze in Deutschland) wickelte P & G die Swaps mit B T (vorzeitig) ab, weil P & G sonst zur Zahlung eines Zinsaufschlages („spread“) zu einem bestimmten Zeitpunkt an B T verpflichtet gewesen wäre; B T bestand seinerseits aber auf Zahlung insbes. des Zinsaufschlages („spread“) sowie des Nominalbetrags (\$200 Mio.) des Swaps. P & G verklagte in vorliegendem Verfahren B T und begehrte u.a. Feststellung, daß sie B T Nichts schuldet sowie weiterhin Schadensersatz, weil das Derivate-Geschäft u.a. gegen die U.S. Federal Securities Regulations (insbes. Securities Act of 1933 [vgl. Fn. 366]) und weitere Vorschriften verstoße. Der Rechtsstreit wurde in der Folge vergleichsweise beigelegt. Vgl. hierzu auch: *Conlon/Aquilino*, Principles of Financial Derivatives U.S. & International Taxation, ¶ A1.01[3], dort Fn. 3 m.w.N.

³⁶⁹ Vgl. hierzu grundlegend: *Conlon/Aquilino*, Principles of Financial Derivatives U.S. & International Taxation, ¶ A1.01[3].

(1) Nicht börsennotierte Forward- und Option-Verträge

Ein *Forward*-Vertrag ist typischerweise eine Vereinbarung, ein bestimmtes Wirtschaftsgut, etwa eines Rohstoffs („commodity“) oder eines Gesellschaftsanteils einer bestimmten Gesellschaft zu einem bestimmten zukünftigen Zeitpunkt zu einer bestimmten Menge und einem bestimmten Preis zu liefern oder zu diesem Zeitpunkt einen (Ausgleichs-)Geldbetrag anstelle der Lieferung der Ware zu zahlen.³⁷⁰

Ein *Option*-Vertrag ist generell identisch mit einem *Forward*-Vertrag, außer daß die Lieferung und Zahlung des jeweiligen Wirtschaftsguts in das Ermessen des Inhabers des *Option*-Vertrages gestellt ist, also davon abhängig ist, daß der Inhaber oder Käufer des *Option*-Vertrages seine Option ausübt.³⁷¹

Durch derartige Vereinbarungen können sich die Vertragsparteien etwa gegen Schwankungen des Marktpreises für das bestimmte Wirtschaftsgut oder den betreffenden Rohstoff in der Zwischenzeit absichern („hedging“) und gleichzeitig die Abnahme des Wirtschaftsguts, etwa des produzierten Rohstoffs sicherstellen. Allerdings ist bei der individuellen Ausgestaltung derartiger Verträge besonderes Augenmerk einerseits auf die Bonität und Abnahme-„willigkeit“ des Abnehmers und andererseits auf die Lieferfähigkeit und Lieferbereitschaft des Herstellers des betreffenden Wirtschaftsguts zu richten. Denn einerseits erfolgt die Zahlung und andererseits die Lieferung des Wirtschaftsguts bei derartigen Optionsverträgen in der Regel erst zu dem im Optionsvertrag vorvereinbarten, zukünftigen Termin.

³⁷⁰ Beispiel für einen Forward-Vertrag: Ölproduzent A schließt mit Käufer B einen Forward-Vertrag ab über die Belieferung mit 1.000 Barrel Öl einer bestimmten Sorte in 6 Monaten zu einem Preis von \$20 je Barrel. Vgl. hierzu: *Conlon/Aquilino*, Principles of Financial Derivatives U.S. & International Taxation, ¶ A1.02 [2] [a].

³⁷¹ *Option*-Verträge können weiterhin in *Put* und *Calls* unterschieden werden. Ein *Put* ist ein Optionsvertrag, bei dem der Vertragspartner („writer“) bei Ausübung der Option durch deren Inhaber an diesen das vereinbarte Wirtschaftsgut in der zuvor vereinbarten Menge, Preis und Zeitpunkt liefern muß. Ein *Call* ist ein Optionsvertrag, bei dem der Vertragspartner („writer“) bei Ausübung der Option durch deren Inhaber von diesem das vereinbarte Wirtschaftsgut in der zuvor vereinbarten Menge, Preis und Zeitpunkt abnehmen muß. Vgl. hierzu: *Conlon/Aquilino*, Principles of Financial Derivatives U.S. & International Taxation, ¶ A1.02 [2] [b].

(2) Börsennotierte Futures- und Options-Verträge

Börsennotierte Futures- und Options-Verträge werden für nahezu jedes Wirtschaftsgut (z. Bsp. Rohstoffe wie Roh-Öl, Früchte oder Tiere aber auch andere Wertpapiere z. Bsp. Aktien bestimmter Unternehmen) gehandelt und entsprechen konzeptionell im Grundsatz den zuvor dargestellten nicht börsennotierten Forward- und Option-Verträgen. Allerdings bestehen folgende grundlegende Unterschiede: So werden sie u.a. in einem regulierten Markt gehandelt³⁷², sind hinsichtlich ihrer vertraglichen Vereinbarungen grundsätzlich standardisiert und werden – als wesentlichster Unterschied – über die sog. *Clearingstelle* abgewickelt, um die Marktteilnehmer (Investoren) gegen das damit verbundene Kredit- und Leistungsrisiko abzusichern.³⁷³

(3) Zins- bzw. Kurssicherungsgeschäfte am Beispiel eines Swaps

Bei einem *Swap* handelt es sich im Grundsatz um ein sog. Zins- bzw. Kurssicherungsgeschäft. Zweck dieses Derivategeschäfts ist es grundsätzlich, daß sich ein Vertragspartner (z. Bsp. ein Unternehmen) gegen Schwankungen der Zinsrate/-höhe bei einem Investment (z. Bsp. der Aufnahme von langfristigen Darlehen/Krediten mit fest vereinbarten Zinsen [mit anderen Vertragspartnern]), gegen Wechselkursschwankungen von Währungen oder gegen Kursschwankungen von bestimm-

³⁷² In den USA ist hierfür u.a. die Commodities Futures Trading Commission (CFTC) zuständig.

³⁷³ Funktionsweise der *Clearingstelle* am Beispiel eines börsennotierten Futures-Vertrag: Investor A kauft einen börsennotierten Futures-Vertrag, wodurch er sich verpflichtet, Getreide zu kaufen, das in 3 Monaten geliefert wird. Lieferant B geht einen korrespondierenden börsennotierten Futures-Vertrag ein, wodurch er sich verpflichtet, Weizen in 3 Monaten zum spezifizierten Preis zu liefern. Investor A und Lieferant B kontrahieren im Fall des börsennotierten Futures-Vertrages also nicht unmittelbar miteinander, sondern „platzieren“ ihre Einzel(-liefer- bzw. -abnahme-)Verträge über Börsenhändler an der Börse. Die Börsenhändler „erfüllen“ (sog. „Clearing“) diese Verträge über eine sog. Clearing-Person, deren Leistungs- bzw. Erfüllungsfähigkeit hinsichtlich der einzelnen Futures-Verträge durch die sog. Clearingstelle garantiert wird. Mittelbar ist also faktisch die Clearingstelle verpflichtet, die jeweiligen vertraglichen Verpflichtungen aus den einzelnen Futures-Verträgen zu erfüllen (hier: Einerseits Lieferung von Weizen an Investor A und andererseits Zahlung des vereinbarten Preises für Weizen an Lieferant B). Vgl. hierzu: *Conlon/Aquilino, Principles of Financial Derivatives U.S. & International Taxation*, ¶ A1.03 m.w.N.

ten Aktienwerten abzusichern wünscht (sog. „hedging“ – „Kappen“ von Zins- oder Kursspitzen).³⁷⁴

(4) *Asset-backed Securities* („[Grund-]Pfandrechtlich abgesicherte Wertpapiere“)

Asset-backed Securities – die am ehesten als „(grund-)pfandrechtlich abgesicherte Wertpapiere“ umschrieben werden können – sind ein Finanzinstrument, bei welchem die Zahlungen (Erträge) und Volatilität im Wesentlichen von einem Pool (grund-)pfandrechtlich (etwa hypothekarisch im Fall von „*Mortgage-backed Securities*“) abgesicherter Privat- oder Unternehmensdarlehen abgeleitet wird.³⁷⁵ Insbesondere „*mortgage-backed Securities*“ wurden in den USA bereits in den 1970er-Jahren entwickelt und in der Folgezeit immer weiter verfeinert.³⁷⁶ Zweck dieser Finanzinstrumente ist es grundsätzlich u.a., sonst ggf. schlecht liquide und mitunter unflexible Finanzierungen (wie etwa grundpfandrechtlich abgesicherte Privat- oder Unternehmensdarlehen, aber neuerdings auch nicht-grundpfandrechtlich gesicherte Darlehen wie etwa Kreditkarten-Verbindlichkeiten, Kfz-Finanzierungs-Darlehen oder Studenten-

³⁷⁴ Beispiel für einen Zinssicherungs-Swap: A hält ein 100 Mio. €-Investment mit einem Zinssatz von 8% p.a. und einer Laufzeit von 5 Jahren. Falls nun der Zinssatz während der Laufzeit von A's-Anlage steigt, würde A's Investment ggf. an Wert verlieren. Hierzu kann A einen Festzins/Variabelzins-Swap-Vertrag eingehen mit B (etwa einer Bank). Dabei verpflichtet sich A an B einen festen Zinssatz z. Bsp. von 8% p.a. auf einen Nominalbetrag z. Bsp. von 100 Mio. € (der Nominalbetrag wird dabei niemals zur Zahlung fällig) zu zahlen, während B sich verpflichtet, an A einen variablen jährlichen Zinssatz zu zahlen, der sich etwa am Marktwert eines bestimmten Zins-Indizes wie den LIBOR (London InterBank Offered Rate) oder den Marktzinsen bestimmter Staatsanleihen orientiert. Falls nun am Ende des ersten Laufzeitjahres des Swaps (Jahr 01) dieser variable Zinssatz 9% betragen sollte, müßte nun A an B 8 Mio. € (= 8% von 100 Mio. €) und andererseits B an A 9 Mio. € (= 9% von 100 Mio. €) zahlen. Diese Zahlungen können ggf. auch saldiert werden, somit muß im Endeffekt aufgrund des Zins-Swaps im vorgenannten Beispiel B an A 1 Mio. € im Jahr 01 zahlen. Vgl. hierzu: *Conlon/Aquilino*, Principles of Financial Derivatives U.S. & International Taxation, ¶ A1.04 [1] m.w.N. Zum möglichen Einsatz eines Swaps – hier zu Zinssicherungszwecken – vgl. beispielsweise ausführlich: *Procter & Gamble Co. v. Bankers Trust Co. and BT Securities Corp.*, 925 F.Supp. 1270 (U.S. District Court, S.D. Ohio, Western Division, May 1996) – vgl. hierzu bereits oben Fn. 368. Weitere Formen von derartigen Zins- bzw. Kurssicherungsgeschäften sind u.a. *Caps*, *Floors*, *Collars*, *Swap-Options* und *Forward Swaps* - vgl. hierzu ausführlich: *Conlon/Aquilino*, Principles of Financial Derivatives U.S. & International Taxation, ¶ A1.04 [2]-[9] m.w.N.

³⁷⁵ Vgl. hierzu weiterführend sowie zu den einzelnen Formen u.a. von mortgage-backed Securities: *Conlon/Aquilino*, Principles of Financial Derivatives U.S. & International Taxation, ¶ A1.05 m.w.N.

³⁷⁶ *Byrd, Conlon, Howell, MacDonald, Popplewell, Whyburn* (American Bar Association), Legislative Proposal to Expand the REMIC Provisions of the Code to Include Nonmortgage Assets, 46 Tax. L. Rev. 299 (301 ff.).

darlehen) zu refinanzieren.³⁷⁷ Zudem spielen bei diesen Finanzinstrumenten u.a. ähnliche Gesichtspunkte wie bei den *Swaps* eine gewisse Rolle.³⁷⁸

(5) *Structured Notes und Hybrid Securities*

Structured Notes umfassen eine Vielzahl, im Einzelnen unterschiedlich ausgestalteter hybrider Finanzinstrumente bzw. „Wertpapieren“, auch bezeichnet als „*Hybrid Securities*“, die sowohl Eigenkapital- als auch Fremdkapital-Charakteristika erfüllen (können).³⁷⁹ Derartige „*Hybrid Securities*“ werden u.a. von Kreditinstituten, Unternehmen, Staaten oder quasi-staatlichen Einrichtungen herausgegeben, um Investoren insbesondere unter Berücksichtigung deren spezieller Kredit- und Laufzeitbedürfnisse die Gelegenheit zu bieten, in verschiedenen Märkten zu investieren.³⁸⁰ Beispielsweise kann durch derartige Finanzinstrumente etwa im Zusammenhang mit grenzüberschreitenden multinationalen Investments erreicht werden, daß das Investment in einem Land (steuerlich) als Aufwand abzugsfähig ist, ohne daß es gleichzeitig in einem anderen Land zu einem (steuerbaren) Einkommen führt und können dadurch zu einer Optimierung von Finanzierungskosten, ggf. auch zur Erzielung höher Erträge eines Investments führen.³⁸¹

(6) *Synthetic Trust-Wertpapiere („synthetic trust securities“)*

„*Synthetic trust securities*“ sind eine Form zweitrangiger Derivate staatlicher oder quasi-staatlicher Einrichtungen. Bei diesem Finanzinstrument werden steuerbefreite (Staats-)Anleihen von einem Trust³⁸²

³⁷⁷ Der Asset-backed Securities-Finanzmarkt ist in den USA von \$46.8 billion im Jahr 1990 auf zwischen \$400 billion - \$800 billion im Jahr 2003 angestiegen. Vgl. hierzu ausführlich: *SEC (Securities and Exchange Commission)*, Federal Register, Securities and Exchange Commission; 17 CFR Parts 210, 228 et al. Asset-backed Securities; Final Rule, January 7, 2005, 1653 PLI/Corp 31.

³⁷⁸ Vgl. hierzu bereits oben, 4. Teil, Abschnitt B. I. 2. c) bb) (3).

³⁷⁹ *Connors/Woll*, Hybrid Instrument-Current Issues, 458 PLI/Tax 413 (1999).

³⁸⁰ *Conlon/Aquilino*, Principles of Financial Derivatives U.S. & International Taxation, ¶ A1.01[3], dort Fn. 12 m.w.N.

³⁸¹ *Connors/Woll*, Hybrid Instrument-Current Issues, 458 PLI/Tax 413 (1999), dort unter A.

³⁸² Ein „trust“ ist vergleichbar mit der Stiftung nach deutschem Recht. Er stellt eine rechtlich eigenständige Vermögensmasse dar (gehalten vom „trustee“), die vom Stifter („settlor“) zugunsten eines Dritten („beneficiary“) zur Verfügung gestellt wurde; hierunter können auch rechtlich selbständige Nachlassvermögen fallen („estate trust“). Vgl. *Garner*, Black's Law Dictionary, Stichwort: „trust“.

gehalten, der seinerseits (ggf. handelbare) Zertifikate bzw. Wertpapiere an Investoren herausgibt, welche nachweisen, daß die Investoren die Begünstigten („beneficiary“) des Trusts sind.³⁸³

d) Erweiterte Anwendungsformen von Derivaten

Schließlich ist es auch möglich, etwa bevorrechtigte Gesellschaftsanteile („preffered stock“)³⁸⁴ oder andere Equity-Finanzinstrumente (d.h. Beteiligungen bzw. Investments, mit denen der Investor Teilhaber am Unternehmen wird) mit Derivate-ähnlichen Eigenschaften zu kreieren. So hat beispielsweise Merrill-Lynch im Jahr 1993 den sog. PRIDES („Preffered Increased Dividend Equity Securities“) entwickelt.³⁸⁵

II. Wirtschaftliche Wechselwirkungen zwischen Fremdkapital und Eigenkapital („Debt versus Equity“)

Die Gemeinsamkeit dieser beiden Arten von Kapitalaufbringung ist, daß die Person, die auf diesem Weg in die Gesellschaft investiert, einen rechtlichen Anspruch gegen die Gesellschaft erwirbt: Sowohl der Gesellschafter im ersten Fall als auch der Kreditgeber im zweiten Fall erwerben jeweils einen (anteiligen) Anspruch auf bzw. an allen

³⁸³ Conlon/Aquilino, Principles of Financial Derivatives U.S. & International Taxation, ¶ A1.01[3], dort Fn. 13 m.w.N.

³⁸⁴ Vgl. hierzu im Einzelnen bereits oben, 4. Teil, Abschnitt B. I. 2. a).

³⁸⁵ Der PRIDES ist ein Finanzinstrument, das nach 5 Jahren zwingend in „gewöhnliche“ (d.h. nicht bevorrechtigte) Gesellschaftsanteile („common stock“ – vgl. hierzu bereits oben 4. Teil, Abschnitt B. I. 2. a)) des betreffenden Unternehmens umgewandelt wird und kündbar nach 3 Jahren ist. Die Umwandlung des PRIDES in Gesellschaftsanteile erfolgt wie folgt: Ein Gesellschaftsanteil für jeden PRIDES-Anteil, wenn der Marktpreis für den Gesellschaftsanteil unter dem Ausgabepreis des PRIDES liegt; ca. 0,8-Gesellschaftsanteile je PRIDES-Anteil, wenn der Marktpreis des Gesellschaftsanteils über dem Marktpreis des PRIDES im Umwandlungszeitpunkt (Konvertierungspreis) liegt, und falls der Marktpreis des Gesellschaftsanteils zwischen Ausgabe- und Konvertierungspreis des PRIDES – in der sog. „Todes-Zone“ – liegt, einen Anteil zwischen 0,8 und 1,0 Gesellschaftsanteilen je PRIDES-Anteil. Ein weiteres Beispiel in diesem Zusammenhang sind sog. PERCS (Preffered Equity Redemption Cumulative Stocks), die u.a. auch im Fall einer Verschmelzung der betreffenden Gesellschaft auf eine andere Gesellschaft die Umwandlung in Gesellschaftsanteile (der dann neu entstandenen Gesellschaft) gewähren. Vgl. hierzu: Conlon/Aquilino, Principles of Financial Derivatives U.S. & International Taxation, ¶ A1.01[3], dort Fn. 14 m.w.N.

materiellen und immateriellen Wirtschaftsgütern der Gesellschaft.³⁸⁶ Allerdings erwirbt der Kreditgeber (Darlehensgeber) einen dem (Gewinnauszahlungs-)Anspruch eines jeden Gesellschafters bevorrechtigten Anspruch auf Rückzahlung seines Investments (Darlehen) zu einem bestimmten Zeitpunkt und zu einem bestimmten vereinbarten Zinssatz (vgl. § 488 I 2, II BGB) gegen die Gesellschaft. Der Teilhaber bzw. Gesellschafter erwirbt hingegen ein Recht, an dem – nach Abzug aller bevorrechtigten Verbindlichkeiten der Gesellschaft (wie etwa Darlehensrückzahlungsansprüchen, Verbindlichkeiten aus Lieferungen oder sonstigen [Dienst-]Leistungen Dritter an die Gesellschaft) verbleibenden (und grundsätzlich unbeschränkten) Gewinnen der Gesellschaft Teil zu haben³⁸⁷. Andererseits können (nach US-amerikanischen Recht) Gesellschafter keine Pfandrechte am Gesellschaftsvermögen erwerben bzw. besitzen.³⁸⁸

Gläubiger der Gesellschaft (z. Bsp. Darlehensgeber) hingegen sind zwar grundsätzlich nicht unmittelbar am Gesellschaftsvermögen beteiligt und haben normalerweise keinen Anspruch auf jedwede Form von Gewinnausschüttungen gegen die Gesellschaft. Allerdings können sie ihre Forderungen gegenüber der Gesellschaft besichern, etwa durch die Bestellung von (Grund-)Pfandrechten am Gesellschaftsvermögen („assets“) der Gesellschaft. Andererseits können Verbindlichkeiten von seiten der Gesellschaft auch „strukturiert“ werden, etwa im Rahmen eines Konzerns. Dies kann für den Forderungsgläubiger – zum Teil erhebliche – Auswirkungen beispielsweise im Fall einer Insolvenz des

³⁸⁶ Dies ist de facto auch im Fall des Darlehensgebers so: Dieser erwirbt aufgrund seines Anspruchs auf Rückzahlung des Darlehens (vgl. § 488 I 2 BGB) gegen die Gesellschaft – wenigstens mittelbar – auch einen (wirtschaftlichen) Anspruch auf die materiellen und immateriellen Wirtschaftsgüter der Gesellschaft, weil er grundsätzlich im Wege der Zwangsvollstreckung wegen seiner Geldforderung (§§ 803 ff. ZPO) dieses Gesellschaftsvermögen (anteilig) verwerten kann.

³⁸⁷ Vgl. einerseits bei Kapitalgesellschaften: z. Bsp. für die GmbH § 29 I GmbHG und für die Aktiengesellschaft § 60 AktG und andererseits bei Personengesellschaften: z. Bsp. für die oHG §§ 120 f. HGB, für die KG §§ 167 f. HGB oder auch die stille Gesellschaft, §§ 231 f. HGB.

³⁸⁸ In re Collier's Estate, 112 Misc. 70, 182 N.Y.S. 93 (Sur.Ct. 1920) sowie bereits oben, 4. Teil, Abschnitt B. I. 2. a).

gesamten Konzerns oder aber auch nur einer (nachgeordneten) Konzerngesellschaft haben.³⁸⁹

Zudem besteht bei der Kapitalaufbringung durch Aufnahme von Verbindlichkeiten auch eine – zum Teil erhebliche – Variabilität für die Gesellschaft, etwa unter dem Gesichtspunkt der Tilgung bzw. Ablösung der eingegangenen Verbindlichkeiten. So besteht hier beispielsweise die Möglichkeit zum vorzeitigen Rückkauf von in Wertpapieren verbrieften (Gesellschafts-)Schulden bzw. Darlehen oder aber auch die Ausgabe von verbrieften Schulden (Wertpapieren), die zu einem bestimmten (Fälligkeit-)Zeitpunkt in Gesellschaftsanteile umgewandelt werden (sog. Wandelanleihen bzw. Wandelschuldverschreibungen, vgl. § 221 AktG).³⁹⁰ Noch größeren Gestaltungsspielraum für die Gesellschaft können die bereits zuvor kurz umrissenen Finanzinstrumente unter dem Oberbegriff der Derivate bieten.³⁹¹

³⁸⁹ Im U.S.-amerikanischen Recht werden in diesem Zusammenhang auch die Begriffe „senior debt“ und „junior debt“ gebraucht. Vorstellbar ist dies etwa in einem Konzernverbund, wenn eine (Holding-)Gesellschaft, deren Gesellschaftsvermögen nur aus dem Besitz der Betriebsgesellschaft besteht (die ihrerseits alles betriebsnotwendige Betriebsvermögen besitzt) Schulden aufnimmt („junior debt“) und ihrerseits bereits gegenüber einer ihr übergeordneten Konzerngesellschaft (die wiederum ihrerseits ebenfalls Schulden aufnimmt und deren einziges Gesellschaftsvermögen die Beteiligung an der ihr nachgeordneten Gesellschaft ist) Schulden bzw. Verbindlichkeiten („senior debt“) hat, die ggf. mit ihrem Gesellschaftsvermögen besichert sind. Vgl. hierzu im deutschen Recht zum sog. „upstream-Darlehen“ auch: BGH, Urt. v. 01.12.2008 (Az.: II ZR 102/07), NJW 2009, 850 ff. sowie Besprechung hierzu von: *Kropff*, NJW 2009, 814 ff.; *Bayer*, LMK 2009, 275577. Vgl. zur Rechtsauffassung des Berufungsgerichts bereits: ThürOLG Jena, Urt. v. 25.04.2007 (Az.: 6 U 947/05), ZIP 2007, 1314. Zu den Änderungen im Gesellschaftsrecht durch das MoMiG vom 23.10.2008 (BGBl. I 2008, S. 2026) vgl. Kindler, NJW 2008, 3249 ff. Zur Neuregelung des Kapitalersatzrechts durch das MoMiG vgl. Altmeyers, NJW 2008, 3601 ff.

³⁹⁰ Vgl. *Stuhrmann*, in: Blümich, EStG § 20 Rn. 305 ff. (308 f.).

³⁹¹ Vgl. hierzu bereits oben, 4. Teil, Abschnitt B. I. 2. c).

III. Fremd- und Eigenkapital im Ertragsteuerrecht – „Debt versus Equity“ (?)

1. Einleitung

Im derzeitigen deutschen Steuerrecht hat zunächst die Wahl der („richtigen“) Rechtsform für ein Unternehmen grundlegenden Einfluß auf die ertragsteuerlichen Konsequenzen: Personengesellschaften und „pass-through“ versus Körperschaften und „Abstraktions- und Trennungsprinzip“ – auch bezeichnet als „Dualismus der Unternehmensbesteuerung“.³⁹² Allerdings kommt insbesondere dem Gesichtspunkt der Kapitalaufbringung und deren ertragsteuerlichen Behandlung eine nicht unerhebliche Bedeutung im Unternehmenssteuerrecht zu. So werden im deutschen Ertragsteuerrecht die im Zusammenhang mit der Kapitalaufbringung der Gesellschaft bestehenden zwei Arten von rechtlichen Ansprüchen von Investoren³⁹³ grundsätzlich unterschiedlich behandelt. Beispielsweise wird einerseits die Tilgung von Zinsverbindlichkeiten für ein Darlehen bei der Gesellschaft (grundsätzlich)³⁹⁴ als Betriebsausgabe (vgl. § 4 IV, IVa 1, 2 EStG, § 8 I 1 KStG) und bei dem Investor (Darlehensgeber) als Einkünfte aus Kapitalvermögen (§§ 2 I Nr. 5, 20 I Nr. 7 EStG) erfaßt. Andererseits werden Aufwendungen in Gestalt von Dividendenzahlungen an die Teilhaber als außerbetriebliche, durch das Gesellschaftsverhältnis veranlaßte Aufwendungen aufgefaßt, bei denen es sich um die Verteilung von Einkünften handelt. Dividendenzahlungen stellen somit keine Betriebsausgaben für das Unternehmen dar (vgl. § 8 III 1, 2 KStG), obgleich sie zu steuerbaren Einkünften des Teilhabers aus Kapitalvermögen (§§ 2 I Nr. 5, 20 I Nr. 1, 2 EStG) führen. Demnach wäre für ein Unternehmen die Aufbringung von neuen Finanzmitteln durch Fremdkapital (z. Bsp. für ein neues

³⁹² Vgl. hierzu im Einzelnen bereits oben, 2. Teil sowie 3. Teil

³⁹³ Vgl. hierzu im Einzelnen bereits oben, 4. Teil, Abschnitt B. I. und II.

³⁹⁴ Beachte nunmehr die durch das Unternehmensteuerreformgesetz 2008 vom 14.08.2007 (BGBl. I 2007, S. 1912 ff.) neu eingeführten Regelungen zur sog. „Zins-schranke“, § 4h EStG, § 8a KStG. Vgl. hierzu im Einzelnen nachfolgend: 4. Teil, Abschnitt B. III. 3.

Unternehmensprojekt) grundsätzlich vorteilhafter, weil die Schuldzinsen als Betriebsausgaben abziehbar wären. Eine Finanzierung durch Eigenkapital (etwa durch eine Eigenkapitalerhöhung oder die Ausgabe neuer Gesellschaftsanteile) hingegen würde keine dementsprechende ertragsteuerliche Auswirkung haben.

2. Abgrenzung von Fremd- und Eigenkapital im Ertragsteuerrecht (?)

Die derzeitige unterschiedliche steuerliche Behandlung der Kapitalaufbringung durch den „Verkauf“ von Gesellschaftsanteilen einerseits und die Aufnahme von Krediten andererseits führt zu der Frage, ob eine Abgrenzung zwischen Fremd- und Eigenkapital im Ertragsteuerrecht stattfinden kann.

a) Analyse

Nicht zuletzt wegen der zuvor beschriebenen grundsätzlich vielfältigen Möglichkeiten der Kapitalaufbringung³⁹⁵ wurde insbesondere im U.S.-amerikanischen Ertragsteuerrecht der Versuch unternommen, die Fremdkapitalaufbringung von der Eigenkapitalaufbringung abzugrenzen. Bei dem Versuch der Klassifizierung wurden insbesondere folgende Gesichtspunkte in Erwägung gezogen³⁹⁶: (1) der Wille und die formalen Vereinbarungen zwischen den Vertragsparteien³⁹⁷; (2) Identität zwischen Investoren und Anteilseignern (Gesellschaftern)³⁹⁸; (3) der Einfluß der Investoren des Finanzinstruments auf Unternehmensentscheidungen; (4) die (bestehende) Möglichkeit für das Unternehmen, seinen Finanzbedarf am Markt zu decken³⁹⁹; (5) „Unter“-kapitalisierung

³⁹⁵ Vgl. hierzu im Einzelnen bereits oben, 4. Teil, Abschnitt B. I.

³⁹⁶ *Fin Hay Realty Co. v. United States*, 398 F.2d 694 (696 f.) (3rd Cir. 1968); vgl. ferner: *Hardman v. United States*, 827 F.2d 1409 (9th Cir. 1987); *First M&F Corp. v. United States*, 767 F. Supp. 792 (ND Miss. 1991). Vgl. auch: *Kahn/Lehman*, *Corporate Income Taxation*, S. 56 ff., Polito, *Useful Fictions: Debt and Equity Classification in Corporate Tax Law*, 30 *Ariz. St.L.J.* 761 (779).

³⁹⁷ Vgl. hierzu z. Bsp.: *Slappey Drive Indus. Park v. United States*, 561 F.2d 572, 582 (5th Cir. 1977); *Richmond, F. & P. R.R. v. Commissioner of Internal Revenue*, 528 F.2d 917 (4th Cir. 1975).

³⁹⁸ Vgl. hierzu z. Bsp.: *Bauer v. Commissioner of Internal Revenue*, 748 F.2d 1365 (9th Cir. 1984).

³⁹⁹ Vgl. hierzu z. Bsp.: *Scriptomatic, Inc. v. United States*, 555 F.2d 364, 367 (3rd Cir. 1977); *Recklitis v. Commissioner of Internal Revenue*, 91 T.C. 874 (1988).

im Verhältnis zwischen Eigen- und Fremdkapital des Unternehmens⁴⁰⁰; (6) das mit der Finanzierung verbundene Risiko⁴⁰¹; (7) die Rechte des Gläubigers des Finanzinstruments im Vergleich zu denen der übrigen Gläubiger des Unternehmens⁴⁰²; (8) Laufzeitvereinbarung und Zinszahlungen für das Investment⁴⁰³; (9) Abhängigkeit der Höhe der Zinszahlungen für das Investment von der (Gewinn-)Entwicklung des Unternehmens⁴⁰⁴.

Gemäß § 385 IRC hat das US-amerikanische Finanzministerium das Recht, die Begriffe „Gesellschaftsanteil“ („*corporate stock*“) und „Fremdkapital“ („*debt*“) für die (jeweiligen) Zwecke des US-Ertragsteuerrechts zu definieren. Nach § 385 (b) IRC sollen bei der Klassifizierung insbesondere fünf Umstände (die jedoch nicht als abschließend zu verstehen sind) berücksichtigt werden, die im Wesentlichen den zuvor genannten Gesichtspunkten (insbesondere (1), (2), (5), (7) und (8)) entsprechen.

In diesem Zusammenhang war im US-Steuerrecht insbesondere die Klassifizierung der *Hybrid Securities*⁴⁰⁵ fraglich, weil diese Finanzinstrumente sowohl Eigenkapital- als auch Fremdkapital-Charakteristika erfüllen können⁴⁰⁶. Das U.S.-Finanzministerium vertrat zunächst die Auffassung, daß derartige hybride Finanzinstrumente etwa im Fall der S-Corporation⁴⁰⁷ grundsätzlich als eine Form von Gesellschaftsanteil und somit als Eigenkapital aufzufassen seien.⁴⁰⁸ Danach könnten US-amerikanische Körperschaften bei der Nutzung hybrider Finanzinstru-

⁴⁰⁰ Vgl. hierzu z. Bsp.: *Baker Commodities, Inc. v. Commissioner of Internal Revenue*, 48 T.C. 374 (1967); *Gloucester Ice & Cold Storage Co. v. Commissioner of Internal Revenue*, 298 F.2d 183 (1st Cir. 1962).

⁴⁰¹ Vgl. hierzu z. Bsp.: *Post Corp. v. United States*, 640 F.2d 1296 (ct. Cl. 1981); *Casco Bank & Trust Co. v. United States*, 544 F.2d 528 (1st Cir. 1976).

⁴⁰² Vgl. hierzu z. Bsp.: *Trans-Atlantic Co. v. Commissioner of Internal Revenue*, 469 F.2d 1189 (3rd Cir. 1972).

⁴⁰³ Vgl. hierzu z. Bsp.: *Alterman Foods, Inc. v. United States*, 505 F.2d 873 (5th Cir. 1974).

⁴⁰⁴ Vgl. hierzu z. Bsp.: *Fox v. Commissioner of Internal Revenue*, 80 T.C. 972, 1018-23; *Cuyuna Realty Co. v. United States*, 382 F.2d 298, 300 (Ct. Cl. 1967); *United States v. Virgin*, 230 F.2d 880 (5th Cir. 1956).

⁴⁰⁵ Vgl. hierzu bereits oben, 4. Teil, Abschnitt B. I. 2. c) bb) (5).

⁴⁰⁶ *Connors/Woll*, Hybrid Instrument-Current Issues, 458 PLI/Tax 413 (1999).

⁴⁰⁷ Vgl. hierzu bereits oben, 4. Teil, Abschnitt A. II. 2.

⁴⁰⁸ *Kahn/Lehman*, Corporate Income Taxation, S. 502 m.w.N.

mente grundsätzlich nicht die für S-Corporations bestehenden steuerrechtlichen Vorteile⁴⁰⁹ nutzen, weil derartige S-Corporations insbesondere nur eine Art von Gesellschaftsanteilen besitzen dürfen, § 1361 (b) (1) IRC. Demgegenüber hat die US-amerikanische Rechtsprechung derartige hybride Finanzinstrumente nur in absoluten Mißbrauchsfällen in Eigenkapital umdeklariert. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn beispielsweise im Zusammenhang mit der sog. S-Corporation⁴¹⁰ mit der Nutzung hybrider Finanzierungsinstrumente ausschließlich die Absicht verfolgt werden sollte, bestehende gesetzliche Beschränkungen etwa hinsichtlich der Anzahl der Gesellschafter oder der Existenz nur einer Art von Gesellschaftsanteilen (§ 1361 (b) (1) IRC) zu unterlaufen.⁴¹¹

Ansonsten werden auch derartige „*Hybrid Securities*“ von der US-amerikanischen Rechtsprechung als eine Form von Fremdkapital aufgefaßt, weil andernfalls (insbesondere mit Blick auf die strikte vorgenannte Auffassung des U.S.-Finanzministeriums) der Zweck der Schaffung der Sonderregeln für S-Corporations und damit der Wille des Gesetzgebers ausgehöhlt werden würde.⁴¹² Denn der US-amerikanische Gesetzgeber beabsichtigte gerade, mit der Schaffung der Sonderregelungen für S-Corporations insbesondere steuerrechtliche Gesichtspunkte als Faktor dafür, in welcher (Rechts-)Form ein Unternehmen betrieben wird zu minimieren.⁴¹³ In der Folgezeit hat dann auch die US-amerikanische Finanzverwaltung ihren gegenteiligen früheren Standpunkt aufgegeben und ist in § 1.1361-1(l) Treasury Regulations insbesondere unter Berücksichtigung der vorgenannten US-amerikanischen Rechtsprechung zu einer dennoch differenzierten Regelung übergegangen, in welchen Fällen insbesondere hybride Finanzinstru-

⁴⁰⁹ Insbesondere nicht als (selbständige) Körperschaft besteuert zu werden, sondern das Einkommen, Verluste und Schulden der Körperschaft direkt ihren Anteilseignern zurechnen zu lassen (§§ 1361 - 1379 IRC).

⁴¹⁰ Vgl. hierzu bereits oben, 4. Teil, Abschnitt A. II. 2.

⁴¹¹ Vgl. hierzu z. Bsp.: *Portgace Plastics Co. v. United States*, 468 F.2d 632 (7th Cir. 1973) (en banc).

⁴¹² Vgl. hierzu z. Bsp.: *Amory Cotton il Co. v. United States*, 468 F.2d 1046 (5th Cir. 1972).

⁴¹³ Vgl. hierzu: Senate Report No. 1622, 83rd Congress, 2nd Session 119 (1954); Senate Report No. 1983, 85th Congress, 2nd Session 87 (1958); vgl. hierzu auch: *Bittker/Eustice*, Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders, ¶ 6.01 [1].

mente⁴¹⁴ – aber darüber hinaus auch sonstiges Fremdkapital in Eigenkapital umdeklariert werden können. In diesem Zusammenhang ist insbesondere hervorzuheben, daß diese Regelungen drei „safe harbors“ vorsehen, in deren Grenzen – selbst im Fall einer grundsätzlich möglichen Umdeutung von Fremdkapitalinstrumenten in Eigenkapital – (hybride) Finanzinstrumente dennoch als Fremdkapital behandelt werden. Dies sind folgende Fallkonstellationen: (1) *Proportionalität zwischen Fremd- und Eigenkapitalbeteiligung* – dies ist der Fall bei Fremdkapitalinstrumenten, die ausschließlich von Gesellschaftern und proportional zu deren jeweiligen Gesellschaftsanteilen gehalten werden⁴¹⁵; (2) *Kurzfristige formlose („Überbrückungs“-)Darlehen des Gesellschafters an die Gesellschaft*, solange sie nicht den Gesamtbetrag von \$10.000,00 je Veranlagungszeitraum übersteigen⁴¹⁶ und (3) sog. „gewöhnliche Darlehensverbindlichkeiten“ („straight debt“)⁴¹⁷, § 1361 (c) (5) IRC, § 1.1361-1 (l) (5) Treasury Regulations.

b) Stellungnahme

In die Überlegung, ob eine generelle (starre) Abgrenzung zwischen Fremd- und Eigenkapital im Ertragssteuerrecht sinnvoll ist, sollten auch die Belange des Unternehmens einbezogen werden.

Grundsätzlich steht es einem Unternehmen – im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen⁴¹⁸ – frei, wie es seine Unternehmenskapitalisierung strukturiert. Die Gesichtspunkte, die für ein Unternehmen hinsichtlich Art und Weise der Kapitalaufbringung bedeutsam sein können,

⁴¹⁴ Vgl. hierzu insbesondere § 1.1361-1 (l) (4) Treasury Regulations.

⁴¹⁵ § 1.1361-1 (l) (4) (ii) (B) (2) Treasury Regulations.

⁴¹⁶ § 1.1361-1 (l) (4) (ii) (B) (1) Treasury Regulations.

⁴¹⁷ „Gewöhnliche Verbindlichkeiten“ („straight debt“) sind definiert als schriftliches, unbedingtes Versprechen, zu einem bestimmten Zeitpunkt oder auf Abruf einen bestimmten Geldbetrag zu zahlen unter den Voraussetzungen, daß (1) der Zinssatz und Zinszahlungszeitpunkt nicht von (etwaigen) (Unternehmens-)Gewinnen, dem Ermessen des Darlehensgebers, der Zahlung von Dividenden oder ähnlichem abhängig ist; (2) das Darlehen nicht (direkt oder indirekt) umwandelbar ist in Gesellschaftsanteile der Gesellschaft und (3) der Darlehensgeber eine natürliche inländische Person, ein Trust (Zweckvermögen) oder ein Kreditinstitut ist, § 1361 (c) (5) IRC.

⁴¹⁸ Vgl. hierzu etwa die Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften im deutschen Gesellschaftsrecht, z. Bsp. § 57 AktG oder §§ 30, 72 GmbHG. Zu den Änderungen im Gesellschaftsrecht durch das MoMiG vgl. Kindler, NJW 2008, 3249 ff. Zur Neuregelung des Kapitalersatzrechts durch das MoMiG vgl. Altmeppen, NJW 2008, 3601 ff.

sind vielfältig. Dabei spielen nicht nur steuerrechtliche Aspekte eine Rolle. So kann für ein Unternehmen in der Rechtsform einer juristischen Person auch bedeutsam sein, daß etwa ein (Darlehens-)Gläubiger bei Nichterfüllung seiner Ansprüche durch die Körperschaft diese in die Insolvenz führen kann⁴¹⁹, während ein Gesellschafter grundsätzlich mangels Eröffnungsantragsrecht hinsichtlich eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft⁴²⁰ lediglich begehren kann, die Geschäftsführung des Unternehmens auszuwechseln⁴²¹ oder versuchen kann, seine Gesellschaftsanteile zu verkaufen⁴²². Weiterhin kann die Frage der Wahl eines bestimmten Finanzinstrumentes insbesondere auch für den generellen Fortbestand des Unternehmens entscheidend sein, beispielsweise dann, wenn ein Unternehmen seinen (erneuten) Finanzbedarf zur Aufrechterhaltung seines Geschäftsbetriebs nicht über seine Anteilseigner abdecken kann, sondern sich nach externen Investoren umsehen und dabei auf deren Bedürfnisse Rücksicht nehmen muß.

Die Einführung einer allgemeinen gesetzlichen Definitions- bzw. Umdeutungsmöglichkeit von Fremdkapitalinstrumenten in Eigenkapital eines Unternehmens erscheint nicht nur gesetzestechisch äußerst schwierig. So stellte sich etwa bei dem US-amerikanischen Vorstoß, mit § 385 IRC eine entsprechende gesetzliche Abgrenzungsregelung einzuführen, die Frage einer (allgemeingültigen) Definition von „Fremdkapital“ als erhebliche Schwierigkeit heraus.⁴²³ Zudem kann die Einführung einer allgemeinen gesetzlichen Definitions- bzw. Umdeutungsmöglichkeit für Fremdkapitalinstrumente in Eigenkapital auch zu erheb-

⁴¹⁹ Vgl. § 13 I 1, 2 InsO.

⁴²⁰ Vgl. hierzu § 15 I InsO. Beachte in diesem Zusammenhang aber die durch Art. 9 MoMiG v. 23.10.2008 (BGBl. I 2008, S. 2026) neu eingeführte Insolvenzantragspflicht der Mitglieder einer juristischen Person bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Körperschaft, § 15a I InsO.

⁴²¹ Da im deutschen Aktienrecht der Vorstand als Organ der Geschäftsführung (§ 76 I AktG) nur vom Aufsichtsrat abberufen werden kann (§ 84 III AktG), kann dies nur über die Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder durch die Hauptversammlung erfolgen, § 103 AktG. Für Abberufung der Geschäftsführung durch die Gesellschafter in der GmbH vgl. § 38 i.V.m. § 46 Nr. 5 GmbHG.

⁴²² Vgl. hierzu auch § 72 S. 1 GmbHG, § 199 S. 2 InsO.

⁴²³ *Lind/Schwarz/Lathrope/Rosenberg*, Fundamentals of Corporate Taxation, S. 143 ff.

lichen praktischen Unsicherheiten führen.⁴²⁴ Dies wird etwa daran deutlich, daß es im U.S.-amerikanischen Steuerrecht mit § 1361 (c) (5) IRC – wohl aus Gründen der Rechtssicherheit – offensichtlich erforderlich wurde, „gewöhnliche Darlehensverbindlichkeiten“ von dieser grundsätzlichen Umdeutungsmöglichkeit ausdrücklich auszunehmen. Aber nicht nur „klassische Darlehensverbindlichkeiten“ sind von diesen Abgrenzungsschwierigkeiten betroffen. So ist etwa auch die Beurteilung von einer Gesellschaft herausgegebener *Call-Options*⁴²⁵ im US-amerikanischen Steuerrecht als Fremd- oder Eigenkapital der Gesellschaft streitig, so daß auch hier die Einführung sog. „safe harbors“ in § 1361-1 (l) (4) (iii)-(v) Treasury Regulations erforderlich wurde.⁴²⁶

Diese, am Beispiel der S-Corporations aufgezeigte Wechselwirkung zwischen Kapitalaufbringung und Rechtsformneutralität der Unternehmensbesteuerung⁴²⁷ macht deutlich, daß eine allgemeingültige Abgrenzung zwischen Fremd- und Eigenkapital zu erheblichen praktischen Unsicherheiten und Unzulänglichkeiten führen kann. Dies gilt nicht nur für das US-amerikanische Unternehmenssteuerrecht. Eine einzelfallbezogene Betrachtung könnte demgegenüber für den Gesichtspunkt der allgemeinen Behandlung unterschiedlicher Möglichkeiten der Kapitalaufbringung für ein Unternehmen im Ertragsteuerrecht eine zweckmäßigere Lösung darstellen.

⁴²⁴ Vgl. etwa: *Peaslee/Nirenberg*, Distinguishing Sales from Financings and Debt from Equity, 849 PLI/Tax 661 (2008).

⁴²⁵ Vgl. hierzu bereits oben, 4. Teil, Abschnitt B. I. 2. c) bb) (2).

⁴²⁶ Grundsätzlich werden nach den Regelungen von § 1361-1 (l) (4) (iii)-(v) Treasury Regulations von einer Gesellschaft herausgegebene *Call-Options* dann nicht als Eigenkapital aufgefaßt, wenn – nach Würdigung aller Umstände des Einzelfalls – insbesondere folgende Voraussetzungen erfüllt sind: (1) es steht fest, daß die *Call-Option* von ihrem Inhaber ausgeübt wird; (2) der Abnahmepreis für die Gesellschaftsanteile bei Ausübung der *Call-Option* liegt „deutlich“ unter dem Marktwert der betreffenden Gesellschaftsanteile (ausgehend von dem Zeitpunkt, an dem die *Call-Option* von der Gesellschaft herausgegeben oder modifiziert oder auf eine andere Person transferiert wurde). Vgl. auch: *Kahn/Lehman*, Corporate Income Taxation, S. 509 ff.

⁴²⁷ Vgl. hierzu bereits oben, 4. Teil, Abschnitt B. III. 2. a).

3. Unterkapitalisierung und Gesellschafter-Fremdfinanzierung

Im Zusammenhang mit der Kapitalstruktur einer Gesellschaft wurden insbesondere den ertragsteuerlichen Folgen einer etwaigen Unterkapitalisierung einer Gesellschaft sowie dem Aspekt der Gesellschafter-Fremdfinanzierung Bedeutung beigemessen.

a) Einleitung

Im Unternehmensteuerrecht wurde insbesondere dem Fremd- zu Eigenkapitalverhältnis („*debt-equity ratio*“) im Rahmen der Kapitalstruktur einer Gesellschaft erhebliche Bedeutung zugemessen. So wurde es auch u.a. als ein Gesichtspunkt im Rahmen der ertragsteuerlichen Abgrenzung zwischen Fremd- und Eigenkapital im U.S.-amerikanischen Ertragsteuerrecht herangezogen.⁴²⁸

Ihm kommt aber auch im deutschen Ertragsteuerrecht Bedeutung zu, weil sich das deutsche Unternehmenssteuerrecht systemisch nicht neutral gegenüber der Zuführung von Fremdkapital statt Eigenkapital verhält.⁴²⁹ Bereits in den 1980er Jahren wurden (vergebliche) Bemühungen unternommen, eine diesbezügliche gesetzliche Regelung in das deutsche Ertragsteuerrecht einzuführen.⁴³⁰ Die Finanzverwaltung vertrat zunächst die Auffassung, daß u.a. bei einem auffälligen Mißverhältnis zwischen Eigenkapital und Aktivvermögen der Gesellschaft sowie in Fällen, in denen das Eigenkapital 10% des Aktivvermögens nicht überschreitet und keine niedrigere Eigenkapitalausstattung branchenüblich ist, ein Gestaltungsmißbrauch (§ 42 AO) gegeben sei.⁴³¹ Der BFH⁴³² sah diese Verwaltungsauffassung als nicht gesetzeskonform an, weil zum einen das deutsche Handelsrecht seit jeher keine Mindestquoten von Fremd- zu Eigenkapital im Rahmen der Kapitalstruktur einer Gesellschaft kannte. Zum anderen führen selbst die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen über eigenkapitaleretzende Darlehen zivilrechtlich nicht dazu, daß sich Darlehen in eigenhaftendes Kapital umwan-

⁴²⁸ Vgl. hierzu im Einzelnen bereits oben, 4. Teil, Abschnitt B. III. 2. a).

⁴²⁹ Vgl. hierzu im Einzelnen bereits oben, 4. Teil, Abschnitt B. II.

⁴³⁰ Herzig, StuW 1993, 237.

⁴³¹ BMF v. 16.3.1987, BStBl. I 1987, 373.

⁴³² BFH, BStBl. II 1992, 532.

deln oder sonst allgemein dem Eigenkapital gleichzustellen sind und somit in diesem Zusammenhang gezahlte Schuldzinsen steuermin-dernd abgezogen werden konnten.⁴³³ In der Folge wurden sodann im Jahr 1993 durch das Standortgesetz⁴³⁴ die Regelungen über die Gesellschafter-Fremdfinanzierung (§ 8a KStG [a.F.]) in das Körperschaftsteuerrecht eingeführt. Damit begrenzte der Gesetzgeber den vom BFH in ständiger Rechtsprechung anerkannten Grundsatz der Finanzierungsfreiheit⁴³⁵, indem Fremdkapitalvergütungen an *wesentlich* beteiligte Anteilseigner⁴³⁶ sowie solche in sog. Rückgriffsfällen⁴³⁷, die ein bestimmtes Vielfache des Eigenkapitals sowie eine bestimmte Freigrenze („safe haven“) überstiegen und diese Form der Kapitalauf-bringung dem sog. „Drittvergleich“ nicht standhielt⁴³⁸ als eine den Gewinn des Unternehmens nicht mindernde verdeckte Gewinnaus-schüttungen (vGA) umqualifiziert und damit die Abzugsfähigkeit von Fremdkapitalvergütungen begrenzt wurde.

Die Einführung des § 8a KStG zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung führte – nicht zuletzt wegen der damit verbunden Begrenzung des Grundsatzes der Finanzierungsfreiheit⁴³⁹ – zu vielfältigen Problemen und Verwerfungen. So befand der EuGH im Jahr 2002 in der Rechts-sache *Lankhorst-Hohorst*⁴⁴⁰, daß § 8a KStG i.d.F. des Standort-

⁴³³ BFH, BStBl. II 1992, 532.

⁴³⁴ StandOG v. 13.9.1993, BGBl. I 1993, S. 1569.

⁴³⁵ BFH, GrS, BStBl. II 1990, 817; BFH, BStBl. II 1992, 532; BFH, BStBl. II 1998, 193.

⁴³⁶ Zuletzt: Beteiligung > 25%, vgl. § 8a III KStG a.F.

⁴³⁷ Dabei handelt es sich um solche Fremdfinanzierungen, in denen die Kapitalgesell-schaft das Fremdkapital von einem Dritten (etwa einem Kreditinstitut) erhalten hat und dieser auf den Anteilseigner oder eine diesem nahestehende Person etwa im Rahmen einer Bürgschaft oder sonstiger Sicherheitsleistungen zurückgreifen kann. Vgl. hierzu: Neyer, DStR 2002, 342; Schmidt/Grabbe, DStR 2004, 403. Wegen seiner über-schießenden Wirkung im Inland vor allem in vorgenannten Fällen der Fremdfinanzie-rung durch rückgriffsberechtigte Dritte wurde § 8a KStG a.F. durch Erlasse der Finanzverwaltung entgegen seinem Wortlaut „entschärft“. Vgl. hierzu: BMF v. 15.7.2004, BStBl. I 2004, 593 Tz. 18-25 (Beschränkung des § 8a KStG a.F. auf back-to-back-Finanzierungen); BMF v. 22.7.2005, BStBl. I 2005, 829 sowie BMF v. 20.10.2005, DStR 2005, 2126.

⁴³⁸ D.h., daß die Kapitalgesellschaft dieses Fremdkapital unter sonst gleichen Um-ständen nicht auch von einem fremden Dritten hätte erhalten können. Vgl. hierzu auch: BFH, DStR 2005, 693; Prinz, FR 2004, 146; Ammelung/Kaeser, DStR 2005, 818.

⁴³⁹ BFH, GrS, BStBl. II 1990, 817; BFH, BStBl. II 1992, 532; BFH, BStBl. II 1998, 193. Vgl. zu verfassungsrechtlichen Bedenken bereits: Knobbe-Keuk, DB 1993, 60 ff. (63).

⁴⁴⁰ EuGH, Urt. v. 12.12.2002 – Rs. C 324/00, EuGHE 2002, I-1179.

gesetzes⁴⁴¹ gegen Art. 43 EG (Niederlassungsfreiheit) verstößt, weil er nur auf das Verhältnis zu nicht zur Körperschaftsteuer veranlagten Anteilseignern begrenzt war und dies eine Benachteiligung insbes. ausländischer Anteilseigner darstellte⁴⁴², woraufhin § 8a KStG zum 01.01.2004 auch auf Inlandssachverhalte ausgedehnt wurde⁴⁴³. Als problematisch wurden auch internationale Sachverhalte, insbesondere im Zusammenhang mit Doppelbesteuerungsabkommen erachtet. Hier war vor allem fraglich, ob (1) § 8a KStG gegen DBA-Diskriminierungsverbote verstößt – was der deutsche Gesetzgeber verneint hatte; (2) ob der Erhebung der deutsche Körperschaftsteuer auf Grund der durch § 8a KStG erfolgten „Umqualifizierung“ entgegengehalten werden kann, daß sie über die DBA-Regeln zur Gewinnberichtigung bei den nahe stehenden Unternehmen (Art. 9 OECD-MA) hinausgeht – dies wurde von der Finanzverwaltung⁴⁴⁴ verneint, weil das dem in diesen Regelungen enthaltenen Grundsatz des Fremdverhaltens entspreche; sowie (3) ob die deutsche Kapitalertragsteuer zum DBA-Vertragssatz für Dividenden (15 v.H. bis 0 v.H.) oder der DBA-Vertragssatz für Zinsen (0 v.H. oder niedriger als der Dividendensatz) zu erheben ist – hierzu wurde angenommen, daß grundsätzlich der Dividendensatz anzuwenden sei.⁴⁴⁵

Durch die im Rahmen der Unternehmensteuerreform 2008⁴⁴⁶ eingeführten Regelungen zur Zinsschranke (§ 4h EStG) wurde § 8a KStG konzeptionell neugefaßt und auf die Regelungen des § 4h EStG angepaßt. Grundgedanke der Zinsschranke (§ 4h EStG) ist eine Beschränkung des Betriebsausgabenabzugs für Nettozinsaufwendungen auf 30% des steuerlichen Gewinns des Betriebs vor Zinsen und regulären Abschreibungen (steuerliches EBITDA). Dadurch wurden die steuerlichen

⁴⁴¹ StandOG v. 13.9.1993, BGBl. I 1993, S. 1569.

⁴⁴² Vgl. hierzu auch: Kube, IStR 2003, 325; Hahn, DStZ 2003, 489; Schnitger, GmbHR 2004, 334.

⁴⁴³ ProtErklG v. 22.12.2003, BGBl. I 2003, S. 2840.

⁴⁴⁴ BMF v. 15.12.1994, BStBl. I 1995, S. 125, 176; BMF v. 15.07.2004, BStBl. I 2004, S. 593; BMF v. 24.12.1999, BStBl. I 1999, S. 1076 (sog. „Betriebsstättenerlass“).

⁴⁴⁵ Vgl. hierzu auch: Menck, in: Blümich, KStG, § 8a Rn. 105 ff. sowie Menck, IStR 1994, 569.

⁴⁴⁶ Unternehmensteuerreformgesetz vom 14.08.2007, BGBl. I 2007, S. 1912 ff.; siehe auch: Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Entwurf eines Unternehmensteuerreformgesetzes 2008, BT-Drs. 16/4841 vom 27.03.2007.

Rahmenbedingungen für die Kapitalstruktur einer Gesellschaft grundlegend verändert.⁴⁴⁷ Unabhängig vom Fremd- zu Eigenkapitalverhältnis („debt-equity ratio“) einer Gesellschaft werden nicht nur Fremdkapitalvergütungen an Anteilseigner der Gesellschaft sondern generell (d.h. unabhängig davon, wer der Kapitalgeber ist) die steuerliche Abzugsmöglichkeit für jegliche Zinsaufwendungen eines „Betriebs“ (§ 4h I 1 EStG) begrenzt.

b) Wirtschaftliche Bedeutung der Fremdkapitalquote

Der Kapitalstruktur einer Gesellschaft kommt nicht nur im nationalen sondern insbesondere auch im internationalen Kontext eine nicht unerhebliche Bedeutung zu, was etwa an der (anfänglichen) Begrenzung der alten und für nicht europarechtskonform erachteten Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung (§ 8a KStG a.F.) auf nicht zur Körperschaftsteuer veranlagten Anteilseignern sowie an den Problemfeldern des § 8a KStG a.F. im internationalen Zusammenhang mit DBA-Sachverhalten deutlich wird.⁴⁴⁸ Eine erhöhte Fremdkapitalquote in der Kapitalstruktur einer inländischen Gesellschaft, an der ausländische Anteilseigner beteiligt sind oder einer ausländischen Gesellschaft, die in Deutschland einen Betrieb unterhält, kann vielfältige Wirkung haben. Zunächst reduzieren die Schuldzinsen grundsätzlich die Bemessungsgrundlage für die Körperschaftsteuer und stellen in Fällen der Zahlung an Anteilseigner der Gesellschaft grundsätzlich abzugsfähige Aufwendungen dar.⁴⁴⁹ Zudem kann sich der Einsatz von Fremdkapital in solchen Fällen günstig auswirken, in denen der betreffende ausländische Anteilseigner die diesbezüglichen (Zins-)Einnahmen nicht oder nur eingeschränkt – etwa in Fällen einer (teilweise) schedularen Besteuerung der Kapitalerträge wie der in Deutschland im Rahmen der Unternehmensteuerreform 2008⁴⁵⁰ eingeführten sog. „Abgeltungs-

⁴⁴⁷ *Blumenberg/Lechner*, in: *Blumenberg/Benz*, Die Unternehmensteuerreform 2008, S. 107 ff.

⁴⁴⁸ Vgl. hierzu bereits oben, 4. Teil, Abschnitt B. III. 3. a).

⁴⁴⁹ Vgl. hierzu bereits oben, 4. Teil, Abschnitt B. II.

⁴⁵⁰ Unternehmensteuerreformgesetz vom 14.08.2007, BGBl. I 2007, S. 1912 ff.; siehe auch: Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Entwurf eines Unternehmensteuerreformgesetzes 2008, BT-Drs. 16/4841 vom 27.03.2007.

steuer“ (§ 43 V EStG n.F.)⁴⁵¹ – der Ertragsteuer unterwerfen muß. Auf diese Weise könnte die aufgrund des Dualismus der Unternehmensbesteuerung⁴⁵² systemimmanente Doppelbelastung sowohl auf Unternehmens- als auch auf Anteilseignerebene gemildert werden. Aufgrund der Internationalisierung unternehmerischen Handelns betreffen derartige Effekte nahezu jeden Staat und damit jedes Ertragsteuersystem auf der Welt.

Andererseits beschäftigten die Gerichte – etwa im US-amerikanischen Steuerrecht – in diesem Zusammenhang aber auch Fallkonstellationen, wie etwa Fremdkapitalfinanzierungen an Gesellschaften, die bereits derart unterkapitalisiert sind, daß ihre Existenz ausschließlich von der (weiteren) Unterstützung durch ihre Kreditgeber abhängig war oder Fremdfinanzierungen an Gesellschaften, die kurz vor der Insolvenz standen und bei denen die Anteilseigner somit keine bedeutende Rolle mehr spielten.⁴⁵³ Aber auch Fallkonstellationen wie etwa der fremdfinanzierte Verkauf von Anlagevermögen (z. Bsp. Betriebsmittel) durch einen Dritten an eine (bereits) unterkapitalisierte Gesellschaft, bei dem die Tilgung der Finanzierungskosten (überwiegend) den Großteil aller möglichen steuerlichen Abschreibungen auf das Anlagevermögen beansprucht, können in diesem Zusammenhang eine Rolle spielen.⁴⁵⁴

c) Unterkapitalisierung („Thin Capitalization“) im US-amerikanischen Steuerrecht

Im Rahmen der US-amerikanischen Steuerreform im Jahr 1989 wurde durch den Revenue Act 1989⁴⁵⁵ u.a. mit § 163 (j) IRC Regelungen zur Unterkapitalisierung („*Thin Capitalization*“) in das US-amerikanische Steuerrecht aufgenommen, um insbesondere Gestaltungsanreize für

⁴⁵¹ Vgl. hierzu: *Stadler/Elser*, in: Blumenberg/Benz, Die Unternehmensteuerreform 2008, S. 64 ff.

⁴⁵² Vgl. hierzu bereits oben, 2. Teil, Abschnitt C.

⁴⁵³ In re Indian Lake Estates, Inc., 448 F.2d 574 (4th Circuit 1971); vgl. hierzu auch: *Bittker/Eustice*, Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders, ¶ 4.04 [1] m.w.N.

⁴⁵⁴ *Sherwood Memorial Gardens, Inc. v. Commissioner of Internal Revenue*, 350 F.2d 225 (7th Circuit 1965).

⁴⁵⁵ Revenue Act of 1989, Pub. L. No. 101-239, 101st Congress, 1st Session, § 7210 (1989).

Zahlungsempfänger, die nicht der vollen US-amerikanischen Zinsbesteuerung unterliegen zu unterbinden.⁴⁵⁶ Ähnlich dem Konzept der durch das Unternehmensteuerreformgesetz 2008⁴⁵⁷ eingeführten „Zinsschranke“ in § 4h EStG wurde mit § 163 (j) IRC bereits im Jahr 1989 ein neues Konzept in das Ertragsteuerrecht eingeführt, Abzugsmöglichkeiten für Schuldzinsaufwendungen im Zusammenhang mit (ausländischen) verbunden (Mutter- oder Tochter-)Unternehmen zu beschränken und nicht abzugsfähige Schuldzinsen in zukünftige Veranlagungszeiträume vorzutragen bzw. zu verschieben. Im Unterschied zu der Zinsschranken-Regelung in § 4h EStG greift die Abzugsbeschränkungen nach § 163 (j) IRC im US-amerikanischen Steuerrecht allerdings erst dann ein, wenn ein sog. „safe harbor“ hinsichtlich des Fremd- zu Eigenkapitalverhältnisses (von 1,5 : 1) des betroffenen Unternehmens überstiegen wird, § 163 (j) (2) (A) (ii) IRC. Zudem sind die meisten ausländischen Unternehmen von den Abzugsbeschränkungen nach § 163 (j) IRC grundsätzlich nicht betroffen, weil sich diese grundsätzlich (nur) an inländische Unternehmen mit verbundenen ausländischen Mutter- oder Tochterunternehmen („related persons“) richten, § 163 (j) (4) (A) i.V.m. §§ 267 (b), 707 (b) (1) IRC. Allerdings können auch ausländische Unternehmen von den Abzugsbeschränkungen des § 163 (j) IRC betroffen sein, wenn sie ihren Geschäftsbereich auch auf die USA erstrecken (etwa indem sie dort eine Betriebsstätte unterhalten) und Einkommen daraus beziehen.⁴⁵⁸

d) Analyse der Zinsschrankenregelungen des § 4h EStG

Insbesondere der mit der Unternehmenssteuerreform 2008 eingeführte grundlegende Systemwechsel hinsichtlich einer (allgemeinen) Abzugsbeschränkung für Schuldzinsaufwendungen eines „Betriebes“ in Gestalt der Zinsschranken-Regelung des § 4h EStG hat vielfältige Fragestellungen aufgeworfen.

⁴⁵⁶ *Bittker/Eustice*, Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders, ¶ 4.04 [8].

⁴⁵⁷ Unternehmensteuerreformgesetz vom 14.08.2007, BGBl. I 2007, S. 1912 ff.; siehe auch: Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Entwurf eines Unternehmensteuerreformgesetzes 2008, BT-Drs. 16/4841 vom 27.03.2007.

⁴⁵⁸ *Bittker/Eustice*, Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders, ¶ 4.04 [8] m.w.N.

aa) Verfassungsrecht und Europarecht

Von weiten Teilen des Schrifttums⁴⁵⁹ wird die im Rahmen der Unternehmensteuerreform 2008⁴⁶⁰ eingeführte allgemeine Zinsschranken-Regelung (§ 4h EStG) im Hinblick auf das objektive Nettoprinzip als verfassungsrechtlich problematisch angesehen. Fraglich ist unter diesem Gesichtspunkt, ob die (abstrakt) bestehende Möglichkeit zum Vortrag des die Zinsschranke nicht passierenden Zinsaufwands in künftige Veranlagungszeiträume eine angemessene Milderung darstellt, weil sie betriebs- und personengebunden erfolgt und bei Umstrukturierungen des Unternehmens verloren geht (vgl. § 4h V EStG).⁴⁶¹ Weiterhin könnte der völlige Ausschluß des (auch künftigen) Verlustabzugs bei Körperschaften insbesondere in Fällen des „schädlichen Beteiligungserwerbs“ i.S.v. § 8c KStG n.F. die Eigentumsgarantie des Art. 14 I GG tangieren.⁴⁶² Eine Lösung könnte in diesem Zusammenhang etwa die Einführung eines „safe harbor“ im Hinblick auf das Fremd- zu Eigenkapitalverhältnis des betroffenen Unternehmens und der Anwendung der Abzugsbeschränkung erst nach Überschreiten dieser Fremd- zu Eigenkapitalquote darstellen, wie er auch im US-amerikanischen Steuerrecht in § 163 (j) (2) (A) (ii) IRC vorgesehen ist⁴⁶³.

Hinsichtlich der Frage der Europarechtskonformität der Zinsschrankenregelung in § 4h EStG, § 8a KStG wird insbesondere als problematisch erachtet, daß für gebietsansässige (inländische) Unternehmen die Möglichkeit besteht, den Abzugsbeschränkungen der Zinsschranke durch die Begründung einer Organschaft nach § 15 S. 1 Nr. 3 KStG) zu begegnen, während für nur beschränkt steuerpflichtige gebietsfremde Unternehmen oder inländische Teilkonzerne mit Auslandsbezug diese

⁴⁵⁹ Hey, BB 2007, 1303 ff. (1305); Köhler, DStR 2007, 597 ff. (602); Wendt, FR 2007, 609; Gosch, DStR 2007, 1553 ff. (1559); Drüen, StuW 2008, 3.

⁴⁶⁰ Unternehmensteuerreformgesetz vom 14.08.2007, BGBl. I 2007, S. 1912 ff.; siehe auch: Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Entwurf eines Unternehmensteuerreformgesetzes 2008, BT-Drs. 16/4841 vom 27.03.2007.

⁴⁶¹ Prinz, in: Herrmann/Heuer/Raupach, Jahresband 2008 – Kurzkommentar Unternehmensteuerreform 2008, KStG § 8a Rn. J07-3.

⁴⁶² Vgl. hierzu: Roser, DStR 2008, 77 ff. sowie Prinz, in: Herrmann/Heuer/Raupach, Jahresband 2008 – Kurzkommentar Unternehmensteuerreform 2008, KStG § 8a Rn. J07-3.

⁴⁶³ Vgl. hierzu bereits oben, 4. Teil, Abschnitt B. III. 3. c).

Möglichkeit nicht besteht.⁴⁶⁴ Insofern könnte durch die Zinsschrankenregelung des § 4h EStG, § 8a KStG ein Eingriff in die europarechtliche Niederlassungsfreiheit, Art. 43 EGV, erfolgen, für die Rechtfertigungsgesichtspunkte nicht erkennbar sein sollen⁴⁶⁵.

bb) Im Einzelnen:

(1) „Betrieb“ im Sinne des § 4h EStG

Im Rahmen der Zinsschranken-Regelung ist bereits die Bedeutung des Begriffs „Betrieb“ (§ 4h I 1 EStG) fraglich, dessen Zinsaufwendungen durch § 4h EStG begrenzt werden sollen. Der Begriff des „Betriebs“ ist in diesem Zusammenhang nicht gesetzlich definiert worden. Die Bundesregierung vertritt die Auffassung, daß diesbezüglich grundsätzlich an den allgemeinen Betriebsbegriff im Einkommensteuerrecht zur Gewinnermittlung anzuknüpfen sei.⁴⁶⁶ Teilweise wird diesbezüglich die Auffassung vertreten, daß damit auf den Betriebsbegriff des § 15 II EStG bezug genommen worden sei.⁴⁶⁷ Allerdings definiert auch das EStG den Begriff „Betrieb“ nicht und versteht ihn auch nicht einheitlich.⁴⁶⁸ So definiert § 15 II EStG (nur) den Begriff „Gewerbebetrieb“. Der Betriebsbegriff des § 4h EStG ist jedoch viel weiter aufzufassen, weil § 4h EStG nicht nur den (einzelunternehmerischen) Gewerbebetrieb, Mitunternehmerschaften und Kapitalgesellschaften umfaßt, sondern etwa auch Betriebe der Land- und Forstwirtschaft, freiberuflicher oder selbständiger Tätigkeit sowie Genossenschaften und Betriebe gewerblicher Art von Körperschaften des öffentlichen Rechts.⁴⁶⁹ Sofern ein ausländisches Unternehmen bzw. Kapitalgesellschaft in Deutschland eine Betriebsstätte unterhält, so wäre grundsätzlich nur diese inländische Betriebsstätte als „Betrieb“ i.S.d. Zinsschranken-Regelung anzusehen, allerdings soll nach der Gesetzesbegründung § 4h I EStG nur im

⁴⁶⁴ Führich, IStR 2007, 341; Homburg, FR 2007, 717 ff. (725); Hick, in: Herrmann/Heuer/Raupach, Jahresband 2008 – Kurzkomentar Unternehmensteuerreform 2008, EStG § 4h Rn. J07-5.

⁴⁶⁵ Hallerbach, StuB 2007, 487 ff. (493); Musil/Volmering, DB 2008, 12 ff. (14).

⁴⁶⁶ BT-Drs. 16/4835, S. 1.

⁴⁶⁷ Hick, in: Herrmann/Heuer/Raupach, Jahresband 2008 – Kurzkomentar Unternehmensteuerreform 2008, EStG § 4h Rn. J07-14.

⁴⁶⁸ Heinicke, in: Schmidt, EStG § 4 Rn. 25.

⁴⁶⁹ Blumenberg/Lechner, in: Blumenberg/Benz, Die Unternehmensteuerreform 2008, S. 114 f.

Rahmen der inländischen Gewinnermittlung Anwendung finden.⁴⁷⁰ Aufgrund der rechtlichen Einheit zwischen Stammhaus (Kapital- oder Personengesellschaft) und Betriebsstätte findet § 4h EStG auf Innentransaktionen zwischen diesen keine Anwendung. Zum einen sind mangels rechtlicher Selbständigkeit der Betriebsstätte Darlehensverträge zwischen dieser und dem Stammhaus nicht möglich; zum anderen gelten hier die allgemeinen Regeln über die Gewinnzuordnung im Einheitsunternehmen, insbesondere richtet sich die Zuordnung von Forderungen und Verbindlichkeiten zum (ausländischen) Stammhaus und zur (inländischen) Betriebsstätte nach den Grundsätzen über das Dotationskapital⁴⁷¹. Zu einer Durchbrechung des Betriebsbegriffs kann jedoch die Begründung einer Organschaft i.S.d. §§ 14 ff. KStG führen, weil gem. § 15 S. 1 Nr. 3 KStG der Organträger und die Organgesellschaften als ein Betrieb gelten und dabei der Betrieb der Organgesellschaft dem Organträger zugerechnet wird.

Im Zusammenhang mit der Betriebsbezogenheit der Zinsschranken-Regelung ist allerdings insbesondere im Verhältnis zu Personengesellschaften fraglich, ob zur Beurteilung der Schuldszinssituation auf die Ebene der Personengesellschaft oder auf die des Gesellschafters bzw. Mitunternehmers abzustellen ist. Der Gesetzgeber nimmt hierzu nicht Stellung. Nach einer Ansicht⁴⁷² soll die Zinsschrankenregelung des § 4h EStG aufgrund des „einheitlichen Betriebs einer Mitunternehmerschaft“, der sowohl den Gesamthandsbereich als auch den Sonderbereich der Mitunternehmer umfasse, einer getrennten Berechnung der Zinsschranke nach Gewinnermittlungsbereichen entgegenstehen. Nach anderer Ansicht⁴⁷³ sind die Schuldzinsaufwendungen aus dem

⁴⁷⁰ Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Entwurf eines Unternehmensteuerreformgesetzes 2008, BT-Drs. 16/4841 vom 27.03.2007, S. 48; *Blumenberg/Lechner*, in: *Blumenberg/Benz*, Die Unternehmensteuerreform 2008, S. 115.

⁴⁷¹ BMF vom 24.12.1999, BStBl. I 1999, S. 1076; *Blumenberg/Lechner*, in: *Blumenberg/Benz*, Die Unternehmensteuerreform 2008, S. 114 f.; *Hick*, in: *Herrmann/Heuer/Raupach*, Jahresband 2008 – Kurzkomentar Unternehmensteuerreform 2008, EStG § 4h Rn. J07-14.

⁴⁷² *Hick*, in: *Herrmann/Heuer/Raupach*, Jahresband 2008 – Kurzkomentar Unternehmensteuerreform 2008, EStG § 4h Rn. J07-16; BMF, Schreiben vom 04.07.2008 (Az.: IV C 7 - S 2742-a/07/10001), Rn. 6 (abrufbar unter: <http://www.bundesfinanzministerium.de>).

⁴⁷³ *Blumenberg/Lechner*, in: *Blumenberg/Benz*, Die Unternehmensteuerreform 2008, S. 132 f.

passiven Sonderbetriebsvermögen des Gesellschafters/Mitunternehmers und die Schuldzinsaufwendungen der Personengesellschaft andererseits nicht zusammenzurechnen; sowohl für die Sonderbetriebsausgaben des Gesellschafters/Mitunternehmers als auch für die Betriebsausgaben der Personengesellschaft würde jeweils eine (gesonderte) Freigrenze nach § 4h II 1 lit. a EStG gelten.

Zunächst erscheinen grundsätzlich beide vorgenannte Ansichten vertretbar. Denn bisher ist im Rahmen der zweistufigen Gewinnermittlung der Einkünfte von Mitunternehmern⁴⁷⁴ umstritten, auf welche Weise der auf der ersten Stufe (gesamthänderische Gesellschaftsebene) ermittelte Gesellschaftsgewinn und das auf der zweiten Stufe ermittelte Sonderbilanzergebnis des jeweiligen Mitunternehmers in dem Gesamtgewinn des Mitunternehmers zusammenzufassen sind. Nach der in der Literatur⁴⁷⁵ vertretenen Theorie der konsolidierten Gesamtbilanz ist der Rechnungskreis der Personengesellschaft und der des Gesellschafters zu einer wirtschaftlichen Einheit zusammenzufassen, was für die erstgenannte Ansicht sprechen würde. Allerdings würde dies dem Konzept der partiellen Steuerrechtsfähigkeit der Personengesellschaft⁴⁷⁶ widersprechen.⁴⁷⁷ Daher sind nach der Ansicht der Rechtsprechung⁴⁷⁸ der Gesellschaftsgewinnanteil und das Sonderbilanzergebnis des Mitunternehmers zu addieren (sog. additive Gewinnermittlung), wodurch die Rechtsbeziehungen zwischen (partiell rechtsfähiger) Personengesellschaft und ihrem Gesellschafter auch bilanziell Beachtlichkeit erfahren. Da allerdings die reine Lehre⁴⁷⁹ von der bilanziellen Rechtssubjektivität der Personengesellschaft im Grunde das Trennungsprinzip verwirklichen würde, was bisher allein der Kapital-

⁴⁷⁴ Vgl. hierzu: Hey, in: Tipke/Lang, Steuerrecht § 18 Rn. 50 ff.

⁴⁷⁵ Döllner, DStZ (A) 1974, 211.

⁴⁷⁶ Danach ist – nach Abkehr von der Bilanzbündeltheorie – die Personengesellschaft „Steuerrechtssubjekt bei der Feststellung der Einkunftsart und der *Einkünfteermittlung*“, BFH GrS, BStBl. II 1995, S. 617 ff. (621).

⁴⁷⁷ Vgl. hierzu bereits im Einzelnen oben, 2. Teil, Abschnitt C.

⁴⁷⁸ BFH, BStBl. II 1981, 164 ff. (167); BFH, BStBl. II 1986, 58; BFH, BStBl. II 1988, 883; BFH GrS, BStBl. II. 1991, 697; BFH, BStBl. II 1999, 163 ff. (165); BFH, BStBl. II 2003, 871 ff. (874). BFH GrS, BStBl. II. 1991, S. 697

⁴⁷⁹ Diese wird von einem anderen Teil der Literatur vertreten: Knobbe-Keuk, Bilanz- und Unternehmensteuerrecht, § 11 V; Kusterer DStR 1993, 1209; Söfing, BB 1999, 96.

gesellschaft gesetzlich vorbehalten ist, praktiziert die h.M.⁴⁸⁰ die sog. „additive Gewinnermittlung mit korrespondierender Bilanzierung“. Danach sind Sondervergütungen unabhängig von allen Bilanzierungs- und Bewertungsnormen zeit- und betragsgleich als Aufwand in der Steuerbilanz der Personengesellschaft und als Ertrag in der Sonderbilanz auszuweisen und demgemäß Rückstellungen für Sondervergütungsschulden in der Steuerbilanz der Personengesellschaft durch gleichhohe Aktivposten in der oder den Sonderbilanzen auszugleichen⁴⁸¹. Weiterhin sind Darlehensforderungen eines Mitunternehmers gegen die Personengesellschaft in der Gesamtbilanz grundsätzlich Eigenkapital und können daher in der Sonderbilanz des Mitunternehmers nicht gewinnmindernd wertberichtigt werden⁴⁸². Dadurch sollen die Mitunternehmer dem Einzelunternehmer angenähert werden (vgl. § 15 I 1 Nr. 2 S. 1 2. HS EStG), weil dieser keine Verträge mit sich selbst schließen kann.⁴⁸³ Zudem soll das Besteuerungsergebnis unabhängig davon gemacht werden, ob Gesellschafterleistungen durch Vorabgewinn oder Sondervergütungen der Personengesellschaft honoriert werden.⁴⁸⁴ Diese, von der h.M. vertretene Auffassung würde allerdings für die zweite vorgenannte Ansicht⁴⁸⁵ sprechen, wonach die Schuldzinsaufwendungen aus dem passiven Sonderbetriebsvermögen des Gesellschafters/Mitunternehmers und die Schuldzinsaufwendungen der Personengesellschaft andererseits nicht zusammenzurechnen sind und sowohl für die Sonderbetriebsausgaben des Gesellschafters/Mitunternehmers als auch für die Betriebsausgaben der Personengesellschaft jeweils eine (gesonderte) Freigrenze nach § 4h II 1 lit. a EStG gelten würde. Doppel- oder Mehrfachberücksichtigungen wären somit nach dem Grundsatz der „additiven Gewinnermittlung mit korrespondierender Bilanzierung“ nicht denkbar. Etwas anderes kann auch nicht aus

⁴⁸⁰ BFH, BStBl. II 2000, 612; BFH, BStBl. II 2003, 871; BFH, BStBl. II 2004, 353; Wacker, in: Schmidt, EStG, § 15 Rn. 404; Heap, in: H/H/R, EStG § 15 Rn. 453; Hey, in: Tikpe/Lang, Steuerrecht § 18 Rn. 57; Gschwendtner, DStZ 1998, 777; Lindwurm, DStR 2000, 53 ff. (60).

⁴⁸¹ BFH, BStBl. II 1996, 219; BFH, DStR 1998, 482.

⁴⁸² BFH, BStBl. II 1998, 180.

⁴⁸³ BFH, BStBl. II 2000, 339.

⁴⁸⁴ BFH, BStBl. II 2000, 612.

⁴⁸⁵ Blumenberg/Lechner, in: Blumenberg/Benz, Die Unternehmensteuerreform 2008, S. 132 f.

der Regelung in § 4h II 1 lit. c EStG gefolgert werden, weil eine Personengesellschaft – selbst eine in der Form der GmbH & Co. KG⁴⁸⁶ – grundsätzlich keinen Konzern im Sinne dieser Vorschrift (vgl. § 4h III 5, 6 EStG) darstellt, zumal eine „einfache“ Personengesellschaft normalerweise nach den Rechnungslegungsstandard IAS/IFRS oder denen des HGB (vgl. etwa § 249 I HGB) auch keinen Konzernabschluß erstellt⁴⁸⁷. Die Beantwortung der Frage nach dem von einer Personengesellschaft unterhaltenen „Betrieb“ i.S.d. Zinsschranken-Regelung des § 4h I EStG sollte vielmehr im Zusammenhang mit der Art und Weise der (zweistufigen) Gewinnermittlung der Personengesellschaft, aus welcher sich die unterschiedlichen Ansätze letztendlich ergeben, betrachtet werden.

(2) „Zins“-aufwendungen und -erträge im Sinne des § 4h EStG

Durch die Zinsschrankenregelung des § 4h EStG soll die Abzugsfähigkeit von Zinsaufwendungen des Betriebs begrenzt werden, indem Zinsaufwendungen in Höhe der Zinserträge eines Betriebs unbeschränkt und darüber hinaus nur noch eingeschränkt abziehbar sind, § 4h I 1 EStG. Dabei wird davon ausgegangen, daß hinsichtlich der Bestimmung des Nettozinsaufwands (also des Ergebnisses aus der Saldierung der Zinserträge einerseits und des Zinsaufwands eines Betriebs andererseits) solche Zinsaufwendungen und -erträge nicht zu berücksichtigen sind, die außerhalb der inländischen Gewinnermittlung anfallen.⁴⁸⁸ Denn nach der Gesetzesbegründung soll die Zinsschrankenregelung nur auf die inländische Gewinnermittlung Anwendung finden. Allerdings stellt sich die Frage, was „Zins“-aufwendungen bzw. -erträge im Sinne des § 4h EStG sind.

⁴⁸⁶ Vgl. hierzu bereits oben, 3. Teil, Abschnitt A. III. 3. b) aa) (2) sowie GrS des BFH, BStBl. II 1984, 751; BStBl. II 1995, 794.

⁴⁸⁷ Vgl. zum Konzernbegriff i.S.v. § 4h III 5, 6 EStG ausführlich: Hick, in: Herrmann/Heuer/Raupach, Jahresband 2008 – Kurzkommentar Unternehmensteuerreform 2008, EStG § 4h Rn. J07-41 ff.

⁴⁸⁸ Blumenberg/Lechner, in: Blumenberg/Benz, Die Unternehmensteuerreform 2008, S. 118.

Nach den gesetzlichen Begriffsbestimmungen in § 4h III 2 bis 4 EStG wird als „Zins“-aufwand bzw. -ertrag generell nur Erträge bzw. Aufwand für bzw. aus der (vorübergehenden) Überlassung von Geldkapital erfaßt. Insofern wird von Zinserträgen bzw. -aufwand „im engeren Sinn“ gesprochen.⁴⁸⁹

(a) Sachwerte als „Vergütung“ i.S.v. § 4h III 2 EStG (?)

Nach einem Teil der Literatur⁴⁹⁰ soll die Zinsschrankenregelung des § 4h EStG, § 8a KStG auch im Fall einer Vergütung in Form von Sachwerten statt in Geld für die Überlassung des Geldkapitals bzw. Fremdkapitals (hinsichtlich der Regelung in § 4h III 2 EStG) anwendbar sein. Dabei erscheint allerdings bereits problematisch, nach welchem Maßstab der Wert des Sachertrags ermittelt werden soll, um mit dem (übrigen) Zinsaufwand des Betriebs im Rahmen des § 4h EStG verrechnet werden zu können. Denkbar wäre in diesem Zusammenhang die Durchführung einer Vergleichsbewertung, etwa im Sinne eines „Fremdvergleichs“ wie er bei früheren Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregelungen existierte, d.h. es könnte zur Bewertung des Sachertrags der am freien Markt durchschnittlich erzielbare Geldertrag für die überlassene Geldkapitalsumme unter Berücksichtigung der Konditionen (z. Bsp. Laufzeit) für die Kapitalüberlassung herangezogen werden. Andererseits könnte auch der Kapitalwert (§ 13 BewG) des für das überlassene Geldkapital erhaltenen Sachertrags als „Zins“-ertrag im Rahmen des § 4h I EStG in Ansatz gebracht werden.

Zum anderen dürfte eine Vergütung in Form von Sachwerten statt in Geld für die Überlassung des Geldkapitals bzw. Fremdkapitals von der Zinsschrankenregelung des § 4h EStG nicht erfaßt sein. Denn aus dem Regelungszusammenhang in § 4h III S. 2 bis 4 EStG ergibt sich, daß mit „Vergütung“ i.S.v. § 4h III 2 EStG (nur) ein erhaltener Geldbetrag für das überlassene Geldkapital bzw. Fremdkapital gemeint sein kann.

⁴⁸⁹ Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Entwurf eines Unternehmenssteuerreformgesetzes 2008, BT-Drs. 16/4841 vom 27.03.2007, S. 49.

⁴⁹⁰ Hick, in: Herrmann/Heuer/Raupach, Jahresband 2008 – Kurzkommentar Unternehmenssteuerreform 2008, EStG § 4h Rn. J07-38 m.w.N.

Eine andere Auffassung würde zudem dem gesamten Regelungszweck der Zinsschrankenregelung des § 4h EStG widersprechen. Hierfür spricht insbesondere die Gesetzesbegründung. So sollen durch die Zinsschrankenregelung des § 4h EStG und § 8a KStG – anders als bisher in § 8a KStG a.F. – nicht nur Vergütungen an wesentlich beteiligte Anteilseigner erfaßt werden, sondern jede Art der Fremdfinanzierung, insbesondere auch die Bankenfinanzierung.⁴⁹¹ Weiterhin soll nach der Gesetzesbegründung einer „Vergütung“ i.S.d. § 4h III 2 EStG gegeben sein, wenn ein Entgelt für die Überlassung des Fremdkapitals zur Nutzung zugesagt oder gewährt worden ist, auch wenn die Höhe des Entgelts von einem ungewissen Ereignis abhängt.⁴⁹² Somit beabsichtigte der Gesetzgeber die Verwendung des Begriffs „Vergütung für Fremdkapital“ in § 4h III 2 EStG zur Definition des Begriffs „Zinsaufwendungen“ sozusagen „spiegelbildlich“ im Verhältnis zur Definition des Begriffs „Zinsertrag“ in § 4h III 3 EStG. Dies folgt auch aus der Regelung zur Auf- und Abzinsung in § 4h III 4 EStG.

(b) Leasingverträge und „Zins“-ertrag bzw. -aufwand im Sinne der Zinsschrankenregelung des § 4h EStG

Im Zusammenhang mit der Zinsschrankenregelung des § 4h EStG kann weiterhin die Behandlung der Einnahmen von Leasingunternehmen aus Leasingverträgen Probleme aufwerfen. In der Regel kann die vom Leasingnehmer an den Leasinggeber (d.h. die Leasinggesellschaft bzw. -unternehmen) zu zahlende Leasingrate auch einen Zinsanteil (etwa im Zusammenhang mit Finanzierungskosten des Leasinggebers hinsichtlich des Leasinggegenstandes) enthalten. Grundsätzlich handelt es sich bei diesem, vom Leasingnehmer an das Leasingunternehmen zu zahlenden Zinsanteil um einen (positiven) Zinsertrag des Leasingunternehmens i.S.v. § 4h III 3 EStG, der mit (negativen) Zinsaufwand (§ 4h III 2 EStG) saldiert werden könnte.

⁴⁹¹ Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Entwurf eines Unternehmensteuerreformgesetzes 2008, BT-Drs. 16/4841 vom 27.03.2007, S. 47 f.

⁴⁹² Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Entwurf eines Unternehmensteuerreformgesetzes 2008, BT-Drs. 16/4841 vom 27.03.2007, S. 49.

Nach Auffassung der Bundesregierung⁴⁹³ sowie des BMF⁴⁹⁴ soll betroffenen Leasinggesellschaften gestattet werden, die in den vereinbarten Leasingraten enthaltenen Zinsanteile gegenüber dem Leasingnehmer offenzulegen und wie „echte“ Zinserträge mit dem Zinsaufwand zu saldieren, wenn sichergestellt ist, daß die Aufwendung auch beim Leasingnehmer steuerlich als Zinsen behandelt werden. Dies kann jedoch allenfalls für sog. Finanzierungs-Leasingverträge⁴⁹⁵ gelten, bei denen ein Finanzierungsunternehmen Leasinggeber ist und die von einem Hersteller erworbenen Wirtschaftsgüter einem Leasingnehmer langfristig unkündbar (sog. Grundmietzeit) zur Nutzung überläßt, und zwar in der Form der sog. Vollamortisationsverträge, bei denen der Leasinggeber seine Investitions- und (vor allem) Finanzierungskosten aus den während der Grundmietzeit seitens des Leasingnehmers gezahlten Mietzinsen voll amortisieren kann⁴⁹⁶. Allerdings würde die vorgenannte Rechtsauffassung der Bundesregierung zu einer von der bisherigen steuerrechtlichen Behandlung abweichenden Behandlung der Leasingraten führen. Bisher wurden die Leasingraten bei dem Leasinggeber im jeweiligen Wirtschaftsjahr der Nutzungsüberlassung (voll) als Betriebseinnahme und bei dem Leasingnehmer (wenn Leasing im Rahmen des Betriebsvermögens erfolgt) (voll) als Betriebsausgabe erfaßt; der Leasingnehmer mußte die Verpflichtung zur Zahlung zukünftiger Leasingraten nicht passivieren.⁴⁹⁷ Unzulässig war insbesondere, daß der Leasinggeber die künftigen Leasingraten aktiviert und ihnen einen zinsstaffelmäßig aufzulösenden Passivposten „noch zu erbringende Leistung“ gegenüberstellt.⁴⁹⁸

Nunmehr würde der Normalfall des Leasings (mit steuerlicher Zurechnung des Leasinggegenstandes zum Leasinggeber) im Ergebnis so behandelt wie der (bisherige) Sonderfall des Leasings mit steuer-

⁴⁹³ Bericht des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages vom 24.05.2007, BT-Drs. 16/5491, S. 13 f.

⁴⁹⁴ BMF, Schreiben vom 04.07.2008 (Az.: IV C 7 - S 2742-a/07/10001), Rn. 25, 26 (abrufbar unter: <http://www.bundesfinanzministerium.de>).

⁴⁹⁵ Vgl. hierzu: *Weber-Grellet*, in: Schmidt, EStG § 5 Rn. 722.

⁴⁹⁶ Vgl. hierzu: BFH, BStBl. II 1984, 825.

⁴⁹⁷ BMF, BStBl. I 1971, 264; BStBl. I 1972, 188.

⁴⁹⁸ *Weber-Grellet*, in: Schmidt, EStG § 5 Rn. 722.

licher Zurechnung des Leasinggegenstandes zum Leasingnehmer⁴⁹⁹, bei der bereits auch bisher eine Aufteilung der Leasingraten in einen (erfolgsneutral zu behandelnden) Tilgungsanteil und einen sofort abziehbaren Zins- und Kostenanteil bei Leasingnehmer und Leasinggeber vorzunehmen war.⁵⁰⁰ Allerdings wäre der Leasingnehmer nach der Unternehmensteuerreform 2008 insoweit schlechter gestellt, als daß für ihn im Normalfall nunmehr auch die Zinsschrankenregelung des § 4h EStG hinsichtlich des bei ihm aus dem Leasingvertrag anfallenden und ggf. nur noch beschränkt abziehbaren Zinsaufwandes (§ 4h III 2 EStG) zur Anwendung kommt und andererseits der Leasinggegenstand (weiterhin) dem Leasinggeber zugerechnet wird, mit der Folge, daß der Leasingnehmer insbesondere keine Abschreibungen (§ 6 II EStG) oder ähnliches auf den Leasinggegenstand vornehmen kann.

Diese Auffassung der Bundesregierung⁵⁰¹ sowie des BMF⁵⁰² zur Ermöglichung des „gesonderten“ Ausweises der Zinsanteile in der Leasingrate seitens des Leasinggebers gegenüber dem Leasingnehmer würde zudem mit dem Grundsatz kollidieren, daß im Rahmen der Zinsschrankenregelung des § 4h EStG nach dem Willen des Gesetzgebers aufgrund der gesetzlichen Begriffsbestimmungen in § 4h III 2 bis 4 EStG als „Zins“-aufwand bzw. -ertrag generell nur Erträge bzw. Aufwand für bzw. aus der (vorübergehenden) Überlassung von Geldkapital erfaßt werden.

⁴⁹⁹ Dieser Sonderfall des Leasings mit Zurechnung des Leasinggegenstandes zum Leasingnehmer tritt in der Regel nur in folgenden Konstellationen ein (vgl. BFH, BStBl. II 2001, 311; BFH, BFH/NV 2005, 517): (1) der Leasinggegenstand muß speziell auf die Verhältnisse des Leasingnehmers zugeschnitten sein und nach Ablauf der Grundmietzeit nur noch bei dem Leasingnehmer sinnvolle Verwendung finden können (BFH/NV 1991, 432; BFH, BFH/NV 2001, 1041) oder (2) wenn sich die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer des Leasinggegenstandes (vgl. hierzu: BFH, BFH/NV 2000, 568) und die Grundmietzeit annähernd decken oder (3) die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer zwar erheblich länger ist als die Grundmietzeit, dem Leasingnehmer aber ein Recht auf Mietverlängerung oder eine Kaufoption zusteht, bei dessen Ausübung er nur einen geringen Mietzins oder Kaufpreis zu bezahlen hat (BFH, BStBl. II 1984, 825; FG Niedersachsen, EFG 2003, 146), dabei muß der (Kauf-)Optionspreis mindestens dem Buchwert entsprechen (BMF, DB 1996, 569).

⁵⁰⁰ Vgl. BMF, BStBl. I 1971, 264; BStBl. I 1972, 188; *Weber-Grellet*, in: Schmidt, EStG § 5 Rn. 741 f.

⁵⁰¹ Bericht des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages vom 24.05.2007, BT-Drs. 16/5491, S. 13 f.

⁵⁰² BMF, Schreiben vom 04.07.2008 (Az.: IV C 7 - S 2742-a/07/10001), Rn. 25, 26 (abrufbar unter: <http://www.bundesfinanzministerium.de>).

Im Normalfall des Leasing hingegen wird in der Regel ein anderes Wirtschaftsgut als Geldkapital zur zeitweisen Nutzung (gegen Entgelt) überlassen, weshalb vorgenannte Auffassung der Bundesregierung zumindest fragwürdig erscheint. Ein sog. Sale-and-lease-back-Geschäft hingegen kann nach der Rechtsprechung des BFH⁵⁰³ bereits ohnehin als bloße Darlehensgewährung in Gestalt einer Kreditgewährung mit Sicherungsübereignung zu beurteilen sein, wodurch in diesem Fall keine Besonderheiten hinsichtlich der Zinsschrankenregelung des § 4h EStG, § 8a KStG gelten würden.

(c) Finanzinstrumente und die Zinsschrankenregelung des § 4h EStG

Mit Derivaten stehen, wie bereits zuvor erwähnt⁵⁰⁴, Unternehmen bzw. Gesellschaften – nicht nur im US-amerikanischen Recht – Finanzinstrumente zur Verfügung, die auch im Rahmen der Kapitalaufbringung genutzt werden können. In diesem Zusammenhang stellt sich u.a. die Frage, ob derartige Finanzinstrumente generell der Zinsschrankenregelung des § 4h EStG unterfallen können. Wie bereits erwähnt, können diese Finanzinstrumente sehr vielfältig ausgestaltet sein⁵⁰⁵. Zwar leiten Derivate im Allgemeinen ihren eigenen Wert von der Entwicklung einer zweiten Quelle oder Rechts ab, allerdings können sie – u.a. auch abhängig von dem Zweck, für den sie geschaffen wurden – auch eigene Charakteristika besitzen bzw. entwickeln.

Im Zusammenhang mit der Zinsschrankenregelung des § 4h EStG wurden u.a. auch Zins- bzw. Kurssicherungsgeschäfte (sog. *swap*-Geschäfte) erwähnt⁵⁰⁶. Da derartige Zins- bzw. Kurssicherungsgeschäfte derivativ, d.h. bezüglich eines Grundgeschäfts, etwa zur Absicherung der Zinslinie eines (langfristigen) Darlehensvertrages abgeschlossen werden können, wird die Auffassung vertreten,

⁵⁰³ BFH, BStBl. II 2006, 727.

⁵⁰⁴ Vgl. hierzu bereits oben, 4. Teil, Abschnitt B. I. 2. c).

⁵⁰⁵ Vgl. zu den Grundformen von Derivaten ausführlich bereits oben, 4. Teil, Abschnitt B. I. 2. c) bb) sowie zu erweiterten Anwendungsformen von Derivaten oben 4. Teil, Abschnitt B. I. 2. c) cc) sowie ausführlich für das US-amerikanische Recht z. Bsp.: *Freeman/Stevens*, Tax Consequences of Business and Investment-Driven Uses of Financial Products, 458 PLI/Tax 9 (1999).

⁵⁰⁶ Vgl. *Hick*, in: Herrmann/Heuer/Raupach, Jahresband 2008 – Kurzkommentar Unternehmensteuerreform 2008, EStG § 4h Rn. J07-40 m.w.N.

daß Grundgeschäft (z. Bsp. Darlehensvertrag) und Zinssicherungsgeschäft (*swap*-Geschäft) zu einer Bewertungseinheit zusammenzufassen seien, was zur Folge haben soll, daß sich die Zinsaufwendungen i.S.d. § 4h III S. 2, 3 EStG um die Zahlungen bzw. Erträge im Rahmen des *Swap*-Geschäfts entsprechend erhöhen bzw. vermindern würden.⁵⁰⁷

Dies würde allerdings nicht nur voraussetzen, daß diese beiden Geschäfte objektiv erkennbar darauf angelegt wurden, als Einheit durchgeführt zu werden, sondern auch, daß Grundgeschäft und *swap*-Geschäft wirtschaftlich deckungsgleich⁵⁰⁸ sind. Die Beurteilung von (Zins- bzw. Kurs-)Sicherungsgeschäften war in dieser Hinsicht bisher (insbesondere im Bankbereich) kontrovers. In diesem Zusammenhang wird zwischen Micro- und Macro-Hedging unterschieden. Im Fall von Micro-Hedging, d.h. nur für ein einzelnes Grundgeschäft (z. Bsp. Darlehensvertrag) abgeschlossene Sicherungsgeschäfte sind i.d.R. Bewertungseinheiten zu bilden⁵⁰⁹. Hingegen ist die Bildung von Bewertungseinheiten im Fall von Macro-Hedging, d.h. eines Sicherungsgeschäfts, welches für eine Vielzahl (unterschiedlicher) Grundgeschäfte abgeschlossen wurde, umstritten. Zum Teil wird die Auffassung vertreten, daß Bewertungseinheiten nur bei einheitlichem Nutzungs- und Funktionszusammenhang gebildet werden sollen⁵¹⁰. Dies wird von einem anderen Teil wiederum abgelehnt⁵¹¹, weil Währungs-, Betrags- und Fälligkeitsidentität („Deckungsgleichheit“) von Grund- und Sicherungsgeschäft regelmäßig nur bei einem unmittelbaren Sicherungszusammenhang (d.h. im Fall eines Micro-Hedge) vorliege, während dies bei einem Macro-Hedge nur eher zufällig der Fall sei⁵¹². Allerdings soll aufgrund von § 5 Ia EStG nunmehr auch im Fall eines Macro-Hedge unter Einschränkung des Realisations- und Imparitäts-

⁵⁰⁷ *Stangl/Hageböke*, in: Schaumburg/Rödter, Unternehmensteuerreform 2008, S. 460; fraglich: *Hick*, in: Herrmann/Heuer/Raupach, Jahresband 2008 – Kurzkomentar Unternehmensteuerreform 2008, EStG § 4h Rn. J07-40 (im angegebenen Beispiel Bewertungseinheit verneinend).

⁵⁰⁸ Vgl. hierzu etwa: BFH, BStBl. II 1984, S. 56.

⁵⁰⁹ *Weber-Grellet*, in: Schmidt, EStG, § 5 Rn. 70.

⁵¹⁰ Schmalenbach Gesellschaft/Baetge, DB 1997, S. 637 ff.

⁵¹¹ Günkler, StbJb 2002/03, S. 275 ff. (280); Hahne, DStR 2005, S. 843 ff.

⁵¹² Hahne, DStR 2005, 843 ff.

prinzips⁵¹³ (vgl. § 252 I Nr. 4 HGB) (zwingend) eine Bewertungseinheit gebildet werden, soweit bei (unrealisierten) Verlusten aus einem bzw. mehreren Geschäften zwangsläufig so gut wie sicher ein (noch unrealisierter) Gewinn bei einem bzw. mehreren anderen Geschäften eintritt und umgekehrt (sog. kompensatorische Bewertung)⁵¹⁴. In diesem Zusammenhang stellt § 5 IVa 2 EStG klar, daß Verluste einer derartigen Bewertungseinheit nicht vom steuerbilanziellen (Droh-)Verlustrückstellungsverbot des § 5 IVa 1 EStG erfaßt werden. Die durch die Regelung des § 5 Ia, IVa 2 EStG eingeführte „konkrete“ Maßgeblichkeit handelsrechtlicher Rechnungslegung für die Steuerbilanz wird allerdings als problematisch empfunden, weil diesbezüglich keine gesicherte handelsrechtliche Bilanzierungspraxis vorliege.⁵¹⁵

Wie aus der zuvor dargestellten Diskussion ersichtlich ist, findet die Frage der Bildung von „Bewertungseinheiten“ bzgl. Grund- und Sicherungsgeschäft im Rahmen des § 5 EStG ihren primären Ursprung darin, sich im Zusammenhang mit dem Realisations- und Imparitätsprinzip (vgl. § 252 I Nr. 4 HGB) etwaige ergebende bilanzielle Periodenverschiebungen durch Saldierung gegenläufiger Erfolgskomponenten zu vermeiden. Unabhängig von der etwaigen Möglichkeit der Bildung solcher „Bewertungseinheiten“ im Rahmen des § 5 EStG wäre als Vorfrage unter dem Gesichtspunkt der Zinsschrankenregelung des § 4h EStG allerdings zunächst zu klären, ob derivative Finanzinstrumente wie etwa Swap-Geschäfte oder Option- und Futures-Verträge überhaupt unter die Definitionen des § 4h III 2, 3 EStG fallen. Nach den Definitionen des § 4h III 2, 3 EStG stellen „Zinsen“ Kompensationszahlungen bzw. Vergütungen für die *Überlassung* von bzw. der Einräumung einer *Nutzungsmöglichkeit an* einem bestimmten Geldkapitalbetrag (d.h. Fremdkapital) dar.⁵¹⁶ Im Fall eines Zinssicherungs- oder Kurssicherungs-Swap-Geschäftes wird bezüglich des in Bezug

⁵¹³ Vgl. hierzu bereits oben, 3. Teil, Abschnitt A. III. 2. b).

⁵¹⁴ *Schreiber*, in: Blümich, EStG § 5 Rn. 231a m.w.N.; *Weber-Grellet*, in: Schmidt, EStG § 5 Rn. 70 m.w.N.

⁵¹⁵ Prinz/Hick, DStR 2006, S. 771 ff. (772 ff.).

⁵¹⁶ Vgl. auch: BMF, Schreiben vom 04.07.2008 (Az.: IV C 7 - S 2742-a/07/10001), Rn. 15 (abrufbar unter: <http://www.bundesfinanzministerium.de>); *Loschelder*, in: Schmidt, EStG § 4h Rn 23 ff.

genommenen Nominalbetrags bzw. Gesellschaftsanteils (z. Bsp. Wert einer bestimmten Aktiengesellschaft, der durch das Swap-Geschäft abgesichert werden soll) aufgrund der Charakteristika des Swap-Geschäftes weder eine Nutzungsmöglichkeit an diesem Nominalbetrag eingeräumt noch wird dieser jemals zur Zahlung fällig⁵¹⁷. Daher stellen derartige *Swaps*-Geschäfte aufgrund ihrer Natur zivilrechtlich weder ein Darlehen dar (im Fall eines Zinssicherungs-Swaps) noch wird im Fall eines Kurssicherungs-Swaps zivilrechtlich Eigentum (d.h. Gesellschaftsanteile) an der in Bezug genommenen Aktiengesellschaft erworben. Folglich können Einkünfte aus einem Kurssicherungs-Swapgeschäft nicht als Dividende, d.h. als Gewinnausschüttung der als Referenzwert dienenden Aktiengesellschaft aufgefaßt werden, ebenso wenig wie somit Einkünfte aus einem Zinssicherungs-Swapgeschäft „Zinsen“ im Sinne des § 4h III 2, 3 EStG darstellen können.⁵¹⁸ Hierfür spricht auch die Auffassung der Finanzverwaltung⁵¹⁹, wonach Gewinnauswirkungen im Zusammenhang mit Rückstellungen in der Steuerbilanz (ggf. im Hinblick auf eine etwaige Bildung einer „Bewertungseinheit“) keine Zinserträge bzw. -aufwendungen i.S.v. § 4h EStG darstellen.

Ebenso problematisch ist die Anwendung der Zinsschrankenregelung des § 4h EStG auf hybride Finanzinstrumente⁵²⁰. Da derartige „*Hybrid Securities*“ sowohl Eigenkapital- als auch Fremdkapital-Charakteristika erfüllen können⁵²¹, können deren Erträge auch überwiegend Eigenkapitalcharakter haben. Daher ist fraglich, ob derartige *Hybrid Securities* die Zinsertrags- bzw. -aufwandsdefinition des § 4h III 2, 3 EStG erfüllen können.

⁵¹⁷ Vgl. hierzu bereits ausführlich oben, 4. Teil, Abschnitt B. I. 2. c) bb) (3) sowie Fn. 374.

⁵¹⁸ Vgl. für das US-amerikanische Recht etwa: *Conlon/Aquilino*, Principles of Financial Derivatives U.S. & International Taxation, ¶ B1.09 [2].

⁵¹⁹ BMF, Schreiben vom 04.07.2008 (Az.: IV C 7 - S 2742-a/07/10001), Rn. 22 (abrufbar unter: <http://www.bundesfinanzministerium.de>).

⁵²⁰ Vgl. hierzu bereits oben, 4. Teil, 4. Teil, Abschnitt B. I. 2. c) bb) (5).

⁵²¹ *Connors/Woll*, Hybrid Instrument-Current Issues, 458 PLI/Tax 413 (1999).

Nach der Auffassung der Finanzverwaltung⁵²² sowie der Literatur⁵²³ stellen Dividenden aufgrund des Eigenkapitalcharakters der Beteiligung keine Vergütung für Fremdkapital und somit keine „Zinsen“ i.S.d. Zinsschrankenregelung des § 4h EStG dar.

Insofern unterfallen derartige Erträge den Einkünften aus Kapitalvermögen, § 20 I Nr. 1 EStG.⁵²⁴ Umgekehrt wären derartige Aufwendungen für ein Unternehmen nicht steuerbar, weil sie als außerbetriebliche, durch das Gesellschaftsverhältnis veranlaßte Aufwendungen aufgefaßt werden, bei denen es sich lediglich um die Verteilung von Einkünften handelt. Derartige Aufwendungen stellen somit keine Betriebsausgaben für das Unternehmen dar (vgl. § 8 III 1, 2 KStG), obgleich sie zu steuerbaren Einkünften des Teilhabers aus Kapitalvermögen (§§ 2 I Nr. 5, 20 I Nr. 1, 2 EStG) führen können.

e) Stellungnahme

Die durch die Unternehmenssteuerreform 2008 in das deutsche Ertragssteuerrecht neu eingeführte Zinsschrankenregelung des § 4h EStG, § 8a KStG ist im Vergleich zu der US-amerikanischen Unterkapitalisierungsregelung des § 163 (j) IRC sehr weitgehend und steht dadurch in einem Spannungsverhältnis zu verfassungsrechtlich und europarechtlich verankerten Rechtspositionen und Rechtsgarantien⁵²⁵. Darüber hinaus wirft die Zinsschrankenregelung des § 4h EStG, § 8a KStG auch materiellrechtliche Fragestellungen auf, welche die Wirkung der Zinsschrankenregelung grundlegend beeinträchtigen und zum Teil unsystematisch erscheinen lassen können⁵²⁶.

⁵²² BMF, Schreiben vom 04.07.2008 (Az.: IV C 7 - S 2742-a/07/10001), Rn. 16 (abrufbar unter: <http://www.bundesfinanzministerium.de>).

⁵²³ *Hick*, in: Herrmann/Heuer/Raupach, Jahresband 2008 – Kurzkommentar Unternehmensteuerreform 2008, EStG § 4h Rn. J07-37; *Loschelder*, in: Schmidt, EStG § 4h Rn. 24; *Blumenberg/Lechner*, in: Blumenberg/Benz, Die Unternehmensteuerreform 2008, S. 117.

⁵²⁴ Vgl. hierzu auch: Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Entwurf eines Unternehmensteuerreformgesetzes 2008, BT-Drs. 16/4841 vom 27.03.2007, S. 49.

⁵²⁵ Vgl. hierzu bereits oben, 4. Teil, Abschnitt B. III. 3. d) aa).

⁵²⁶ Vgl. hierzu bereits oben, 4. Teil, Abschnitt B. III. 3. d) bb).

Hilfreich könnte etwa die Einführung eines „safe harbor“ im Hinblick auf das Fremd- zu Eigenkapitalverhältnis des betroffenen Unternehmens und der Anwendung der Abzugsbeschränkung erst nach Überschreiten dieses Grenzwertes sein, wie er auch im US-amerikanischen Steuerrecht in § 163 (j) (2) (A) (ii) IRC vorgesehen ist.⁵²⁷ Dies könnte insbesondere zur Abmilderung verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte etwa im Hinblick auf die Frage der Vereinbarkeit der Zinsschranken-Regelung des § 4h EStG, § 8a KStG mit der Eigentumsgarantie des Art. 14 I GG mit Blick auf die Möglichkeit der vollständigen und endgültigen Versagung des Verlustabzugs und -vortrags von Zinsaufwendungen bei Körperschaften in Fällen des „schädlichen Beteiligungserwerbs“ i.S.v. § 8c KStG n.F., vgl. § 8a I 2 KStG⁵²⁸ beitragen.

Zur Vermeidung von Definitionsproblem, wie etwa hinsichtlich des „Betriebs“-Begriffs könnte eine auf die Zinsschrankenregelung optimierte Begriffsbestimmung, wie sie etwa im US-amerikanischen Steuerrecht in § 163 (j) IRC erfolgt, erwogen werden. Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß eine problemorientierte Begriffsbestimmung zu einer Zersplitterung des Steuerrechts führt, weil zum einen etwa der „Betriebs“-Begriff ohnehin nicht einheitlich im Ertragsteuerrecht verstanden wird⁵²⁹. Zum anderen kann eine problemorientierte gesetzliche Begriffsbestimmung insoweit zu Rechtsklarheit und Rechtssicherheit beitragen und damit auch diesbezüglichen verfassungsrechtlichen Bedenken entgegenwirken. Die Fragestellungen, die sich aus dem „Betriebs“-Begriff der Zinsschrankenregelung des § 4h EStG im Zusammenhang mit der zweistufigen Gewinnermittlung bei Personengesellschaften ergeben⁵³⁰, könnten grundsätzlich durch eine einheitliches Steuersubjekt im Rahmen der Unternehmensbesteuerung⁵³¹ und durch die Abschaffung des Dualismus der Unternehmensbesteuerung vermieden werden.

⁵²⁷ Vgl. hierzu bereits oben, 4. Teil, Abschnitt B. III. 3. c).

⁵²⁸ Vgl. hierzu etwa: *Roser*, DStR 2008, 77 ff.; *Prinz*, in: Herrmann/Heuer/Raupach, Jahresband 2008 – Kurzkomentar Unternehmensteuerreform 2008, KStG § 8a Rn. J07-3.

⁵²⁹ *Heinicke*, in: Schmidt, EStG § 4 Rn. 25.

⁵³⁰ Vgl. hierzu bereits oben, 4. Teil, Abschnitt B. III. 3. d) bb) (1).

⁵³¹ Vgl. hierzu bereits oben, 4. Teil, Abschnitt A., dort insbesondere IV.

Allerding besteht auch die Möglichkeit, wirtschaftliche Vorgänge zu strukturieren. Mit Blick auf die US-amerikanischen Unterkapitalisierungsregelung des § 163 (j) IRC wurde etwa versucht, die Definition der „verbundenen Unternehmen“ („related persons“) zu brechen sowie abzugsfähige Aufwendungen in etwas anderes als „Zinsen“ zu strukturieren.⁵³² Unter dem Gesichtspunkt des Prüfungspunktes „verbundene Unternehmen“ (vgl. § 163 (j) (4) (A) i.V.m. §§ 267 (b), 707 (b) (1) IRC) wird u.a. die Möglichkeit erwähnt, daß sich Private Equity Investoren an einer US-amerikanischen Kapitalgesellschaft („corporation“) etwa über eine US-amerikanische Investment Personengesellschaft („partnership“) – die für Ertragsteuerzwecke als „transparent“ aufgefaßt wird – beteiligen, während sie gleichzeitig Darlehen persönlich und unmittelbar an die US-amerikanische Kapitalgesellschaft ausreichen.⁵³³ Da die Beteiligungs- bzw. Investmentpersonengesellschaft, durch die die Private Equity Investoren an der US-amerikanischen Kapitalgesellschaft beteiligt sind, selbst keine Darlehen an diese ausgereicht hat, wären somit die Voraussetzungen einer Fremdkapitalfinanzierung durch ein „verbundenes Unternehmen“ i.S.d. § 163 (j) (4) IRC nicht erfüllt. Eine andere Möglichkeit könnte in der Strukturierung von abzugsfähigen Aufwendungen in etwas anderes als Zinsen bestehen. So könnte der ausländischen Tochtergesellschaft die Nutzung eines von der Muttergesellschaft oder anderen verbundenen Unternehmens gehaltenen Patents, Urheberrechts oder sonstigen immateriellen Wirtschaftsguts gegen Zahlung einer Lizenz- oder Patentgebühr überlassen werden. So könnte das ausländische Tochterunternehmen aufgrund der Lizenzierung das von ihr benötigte Teilprodukt selbst herstellen, anstatt es durch Aufnahme von Fremdkapital von der Muttergesellschaft oder einem anderen verbundenen Unternehmen fertig hergestellt kaufen zu

⁵³² Vgl. für das US-amerikanische Recht etwa: *Rokoff/Rosenfeld*, U.S. Earnings Stripping Rules in the International Context: Yesterday, Today And Tomorrow, 731 PLI/Tax 675 (2006), S. 708 ff. (unter I. e.).

⁵³³ Vgl. für das US-amerikanische Recht etwa: *Rokoff/Rosenfeld*, U.S. Earnings Stripping Rules in the International Context: Yesterday, Today And Tomorrow, 731 PLI/Tax 675 (2006), S. 714 ff. (unter I. e. i. B.).

müssen.⁵³⁴ Weiterhin denkbar wäre auch die Möglichkeit, die Aufnahme zusätzlichen Fremdkapitals durch den Abschluß von Finanzierungs-garantieversicherungen, für die das Unternehmen Versicherungs-prämien zu zahlen hätte, zu ersetzen.

Die US-amerikanischen Unterkapitalisierungsregelung des § 163 (j) IRC ist darüber hinaus auch im Zusammenhang mit § 385 IRC zu sehen. Nach § 385 IRC hat das US-amerikanische Finanzministerium das Recht, die Begriffe „Gesellschaftsanteil“ („*corporate stock*“) und Fremdkapital“ („*debt*“) für die (jeweiligen) Zwecke des US-Ertrag-steuerrechts zu definieren.⁵³⁵ Dieser grundsätzliche Beurteilungs-spielraum im Hinblick auf Klassifizierungsgesichtspunkte könnte einige Problemfelder, die sich im Zusammenhang mit Unterkapitalisierungs-vorschriften ergeben können, vorweg klären. Allerdings können dadurch auch wiederum neue grundsätzliche Fragestellungen aufgeworfen werden.⁵³⁶

Durch Unterkapitalisierungsregelungen können somit einerseits Abmilderungsversuche hinsichtlich der aus dem Dualismus der Unter-nehmensbesteuerung⁵³⁷ resultierenden systemimmanenten Doppelbe-lastung von Unternehmen und Anteilseigner bereits auf der Unterneh-mens- bzw. Gesellschaftsebene kompensieren. Andererseits können sie aber auch Unternehmen vor dem wirtschaftlichen Kollaps etwa in Fällen der (übermäßig) fremdfinanzierten Anschaffung von Anlage-vermögen oder fremdfinanzierter Unternehmensübernahmen, bei denen das Anlagevermögen der übernommenen Gesellschaft als Sicherheit für das Fremdkapital dient (sog. „*leveraged buyouts*“) schützen.⁵³⁸ Insofern kann mit derartigen steuerrechtlichen Regelungen auch ein Steuerungs- bzw. Lenkungseffekt erzielt werden.

⁵³⁴ Vgl. für das US-amerikanische Recht etwa: *Rokoff/Rosenfeld*, U.S. Earnings Strip-ping Rules in the International Context: Yesterday, Today And Tomorrow, 731 PLI/Tax 675 (2006), s. 719 ff. (unter I. e. ii.).

⁵³⁵ Vgl. hierzu bereits oben, 4. Teil, Abschnitt B. III. 2.

⁵³⁶ Vgl. hierzu bereits oben, 4. Teil, Abschnitt B. III. 2. b).

⁵³⁷ Vgl. hierzu bereits oben, 2. Teil, Abschnitt C.

⁵³⁸ Vgl. hierzu auch bereits oben, 4. Teil, Abschnitt B. III. 3. b) aa).

IV. Zusammenfassung

Die Kapitalaufbringung und Kapitalstruktur ist für Unternehmen von entscheidender Bedeutung. Grundsätzlich steht es einem Unternehmen – im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen⁵³⁹ – frei, wie es seine Unternehmenskapitalisierung strukturiert. Hinsichtlich Art und Weise der Kapitalaufbringung müssen allerdings vielfältige und teilweise gegenläufige Gesichtspunkte und Interessenlagen miteinander in Einklang gebracht werden.

Für ein Unternehmen spielen dabei nicht nur steuerrechtliche Aspekte eine Rolle. So kann für ein Unternehmen in der Rechtsform einer juristischen Person auch bedeutsam sein, daß etwa ein (Darlehens-) Gläubiger bei Nichterfüllung seiner Ansprüche durch die Körperschaft diese in die Insolvenz führen kann⁵⁴⁰, während ein Gesellschafter grundsätzlich mangels Eröffnungsantragsrecht hinsichtlich eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft⁵⁴¹ lediglich begehren kann, die Geschäftsführung des Unternehmens auszuwechseln⁵⁴² oder versuchen kann, seine Gesellschaftsanteile zu verkaufen⁵⁴³. Andererseits sind Gläubiger der Gesellschaft (z. Bsp. Darlehensgeber) hingegen grundsätzlich nicht unmittelbar am Gesellschaftsvermögen beteiligt und haben normalerweise keinen Anspruch auf jedwede Form von Gewinnausschüttungen gegen die Gesellschaft.

⁵³⁹ Vgl. hierzu etwa die Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften im deutschen Gesellschaftsrecht, z. Bsp. § 57 AktG oder §§ 30, 72 GmbHG. Zu den Änderungen im Gesellschaftsrecht durch das MoMiG vgl. Kindler, NJW 2008, 3249 ff. Zur Neuregelung des Kapitalersatzrechts durch das MoMiG vgl. Altmeyers, NJW 2008, 3601 ff.

⁵⁴⁰ Vgl. § 13 I 1, 2 InsO.

⁵⁴¹ Vgl. hierzu § 15 I InsO. Beachte in diesem Zusammenhang aber die durch Art. 9 MoMiG v. 23.10.2008 (BGBl. I 2008, S. 2026) neu eingeführte Insolvenzantragspflicht der Mitglieder einer juristischen Person bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Körperschaft, § 15a I InsO.

⁵⁴² Da im deutschen Aktienrecht der Vorstand als Organ der Geschäftsführung (§ 76 I AktG) nur vom Aufsichtsrat abberufen werden kann (§ 84 III AktG), kann dies nur über die Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder durch die Hauptversammlung erfolgen, § 103 AktG. Für Abberufung der Geschäftsführung durch die Gesellschafter in der GmbH vgl. § 38 i.V.m. § 46 Nr. 5 GmbHG.

⁵⁴³ Vgl. hierzu auch § 72 S. 1 GmbHG, § 199 S. 2 InsO.

Allerdings können sie ihre Forderungen gegenüber der Gesellschaft besichern, etwa durch die Bestellung von (Grund-)Pfandrechten am Gesellschaftsvermögen („assets“) der Gesellschaft. Jedoch können Verbindlichkeiten von seiten der Gesellschaft auch „strukturiert“ werden, etwa im Rahmen eines Konzerns. Dies kann für den Forderungsgläubiger – zum Teil erhebliche – Auswirkungen beispielsweise im Fall einer Insolvenz des gesamten Konzerns oder aber auch nur einer (nachgeordneten) Konzerngesellschaft haben. Allerdings könnte durch eine erhöhte Fremdkapitalquote auch die aufgrund des Dualismus der Unternehmensbesteuerung⁵⁴⁴ systemimmanente Doppelbelastung sowohl auf Unternehmens- als auch auf Anteilseignerebene gemildert werden. Aufgrund der Internationalisierung unternehmerischen Handelns betreffen derartige Effekte nahezu jeden Staat und damit jedes Ertragsteuersystem auf der Welt.

Ertragsteuerliche Unterkapitalisierungsregelungen können Abmilderungsversuche hinsichtlich der aus dem Dualismus der Unternehmensbesteuerung⁵⁴⁵ resultierenden systemimmanenten Doppelbelastung von Unternehmen und Anteilseigner bereits auf der Unternehmens- bzw. Gesellschaftsebene kompensieren. Allerdings sollten sie die unternehmerische Entscheidungsfreiheit nicht unverhältnismäßig einschränken. Zwar besteht grundsätzlich die Möglichkeit, wirtschaftliche Vorgänge unterschiedlich und auf vielfältige Weise zu strukturieren. Grundlegender Gedanke sollte es jedoch sein, steuerrechtliche Gesichtspunkte als Faktor dafür, wie und in welcher (Rechts-)Form ein Unternehmen betrieben wird zu minimieren.

Die Einführung einer allgemeinen gesetzlichen Definitions- bzw. Umdeutungsmöglichkeit von Fremdkapitalinstrumenten in Eigenkapital eines Unternehmens kann eine Möglichkeit darstellen, steuerlichen Mißbrauchsfällen entgegenzuwirken. Einerseits wäre sie äußerst flexibel und hinsichtlich künftiger Entwicklungen anpassungsfähig, andererseits erscheint ihre Handhabung nicht zuletzt aufgrund der

⁵⁴⁴ Vgl. hierzu bereits oben, 2. Teil, Abschnitt C.

⁵⁴⁵ Vgl. hierzu bereits oben, 2. Teil, Abschnitt C.

Vielfältigkeit der Finanzierungsformen etwa im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot nicht nur gesetzestechnisch äußerst schwierig.

Für derivative Finanzinstrumente sollten aufgrund ihrer starken Diversifizierung und Komplexität eigenständige ertragsteuerliche Regelungen entworfen werden.⁵⁴⁶ Eine auf das jeweilige strukturierte Finanzinstrument fokussierte steuerliche Betrachtung könnte zu einer sachgerechteren steuerlichen Erfassung beitragen, als es etwa die Anwendung eher genereller Regelungen wie etwa der Zinsschrankenregelung des § 4h EStG möglich erscheinen läßt.

⁵⁴⁶ Vgl. für das US-amerikanische Steuerrecht etwa: §§ 475, 1221, 1233, 1256 IRC. Vgl. hierzu auch: *Conlon/Aquilino*, Principles of Financial Derivatives U.S. & International Taxation, ¶ B1.08.

C. Ertragsteuerliche Behandlung von Einkünften aus der Beteiligung an Unternehmen

I. Einleitung

Abgesehen davon, daß die Wahl der Rechtsform für ein Unternehmen nicht zuletzt von steuerlichen und anderen Gesichtspunkten⁵⁴⁷ beeinflußt wird, ist ein wesentlicher Aspekt für eine Gesellschaft, insbesondere für eine Kapitalgesellschaft die Befriedigung der Bedürfnisse ihrer Anteilseigner bzw. Gesellschafter. Ein wesentliches Bedürfnis der Anteilseigner bzw. Gesellschafter ist es, einen Ertrag aus ihrer Unternehmensbeteiligung zu erzielen und dadurch am Unternehmenserfolg wirtschaftlich zu partizipieren. Die gängigste Form der Beteiligung der Anteilseigner bzw. Gesellschafter am Unternehmenserfolg durch Zahlung eines Unternehmen an sie sind Dividendenausschüttung. Allerdings können Einkünfte im Zusammenhang mit der Beteiligung an Unternehmen vielfältige Formen annehmen und in vielfältiger Weise erfolgen.⁵⁴⁸ Zudem können Zahlungen von Unternehmen an die Anteilseigner auch unterschiedlichen wirtschaftlichen Ursprungs sein. So können sie aus (laufenden) Erträgen erfolgen, die bereits auf Unternehmensebene versteuert wurden (wie etwa im Fall der Dividendenausschüttung) oder aus solchen, die auf Unternehmensebene nicht versteuert wurden (wie etwa im Fall der als Betriebsausgabe abzugsfähigen Schuldzinszahlungen⁵⁴⁹). Nachfolgend soll die ertragsteuerliche Behandlung derartiger im Zusammenhang mit der Beteiligung an Unternehmen stehender Einkünfte des Anteilseigners betrachtet werden.

⁵⁴⁷ Vgl. hierzu bereits oben, 3. Teil, Abschnitt A. II. 3., dort insbes. Unterabschnitt b) sowie 4. Teil, Abschnitt A.

⁵⁴⁸ Vgl. hierzu bereits oben, 4. Teil, Abschnitt B.

⁵⁴⁹ In diesem Zusammenhang ist jedoch die durch die Unternehmenssteuerreform 2008 eingeführte Zinsschrankenregelung des § 4h EStG, § 8a KStG zu beachten. Vgl. hierzu ausführlich bereits oben, 4. Teil, Abschnitt B., dort insbesondere auch Unterabschnitt III. 3. d).

Im deutschen Ertragsteuerrecht ist der Begriff des Gewinnanteils bzw. der Dividende nicht besonders definiert. Im Körperschaftsteuerrecht ist es für die Ermittlung des Einkommens einer Körperschaft bzw. Kapitalgesellschaft nach § 8 III 1 KStG ohne Bedeutung, ob das Einkommen verteilt wird. Im Fall der Beteiligung natürlicher Personen als Gesellschafter bzw. Anteilseigner einer Kapitalgesellschaft ist der Begriff der Dividende im Rahmen der Einkünfte aus Kapitalvermögen (§§ 2 I 1 Nr. 5, 20 I EStG) lediglich als Gewinnanteil einer Kapitalgesellschaft beschrieben (§ 20 I Nr. 1 EStG). Im Fall der Beteiligung einer Körperschaft bzw. Kapitalgesellschaft an einer anderen Körperschaft bzw. Personenvereinigung bleiben nach § 8b I KStG zwischengesellschaftliche Gewinnausschüttungen (d.h. Bezüge i.S.d. § 20 I Nr. 1, 2 EStG) körperschaftsteuerfrei, weil andernfalls bereits versteuertes Einkommen doppelt (mit Körperschaftsteuer) besteuert werden würde.

II. Behandlung von Gewinnausschüttungen aus der Beteiligung an einem Unternehmen im deutschen Ertragsteuerrecht

1. Das Halbeinkünfteverfahren

Durch das Steuersenkungsgesetz vom 23.10.2000⁵⁵⁰ wurde das Halbteilungsverfahren zur Besteuerung der Ausschüttungen von Körperschaften/Kapitalgesellschaften beim Anteilseigner in das EStG⁵⁵¹ eingeführt. Hintergrund dieser Neuregelung war die umstrittene Abschaffung des Körperschaftsteuer-Anrechnungsverfahrens auf die Einkommensteuer. Wie bereits ausgeführt⁵⁵², versteuern Körperschaften bzw. Kapitalgesellschaften ihre Gewinne nach dem KStG,

⁵⁵⁰ BGBl. I 2000, S. 1433.

⁵⁵¹ Vgl. § 3 Nr. 40 EStG (a.F.) (Halbeinkünfteverfahren).

⁵⁵² Vgl. hierzu bereits oben, insbesondere 2. Teil, Abschnitt B., C. sowie 4. Teil, Abschnitt A. I.

die Gesellschafter (Anteilseigner) die ausgeschütteten Gewinnanteile nach dem EStG⁵⁵³. Diese Doppelbesteuerung war und ist unerwünscht. Mit der Einführung des Halbeinkünfteverfahrens (§ 3 Nr. 40 EStG), welches tatsächlich ein Halbeinnahmeverfahren ergänzt um ein Halbausgabeverfahren, also ein Halbteilungsverfahren ist⁵⁵⁴, war eine Abkehr von der bisherigen Besteuerung der juristischen Person und ihrer Anteilseigner verbunden.

a) Bisherige Besteuerung der Gewinne von Körperschaften nach dem Anrechnungsverfahren

Bis zum Veranlagungszeitraum 1976 galt das klassische System der Doppelbesteuerung der Gewinnanteile von Kapitalgesellschaften bzw. Körperschaften einerseits bei der Körperschaft nach dem KStG und andererseits bei dem Anteilseigner nach dem EStG. Diese Doppelbesteuerung wurde durch das ab dem Veranlagungszeitraum 1977 geltende Anrechnungsverfahren abgeschafft: In einem zweistufigen Verfahren versteuert die Kapitalgesellschaft hiernach ausgeschüttete Gewinne zu einem ermäßigten Körperschaftsteuersatz (seit 1994: 30%, vorher: 36%)⁵⁵⁵. Der Gesellschafter hatte die Bruttoausschüttungen einschließlich Körperschaftsteuer als eigene Einkünfte zu versteuern, konnte dafür aber die von der Kapitalgesellschaft geschuldete Körperschaftsteuer wie eigene Vorauszahlungen auf seine Einkommensteuerschuld anrechnen⁵⁵⁶.

Damit wurde im Normalfall eine einmalige Besteuerung der Gewinne mit dem für den Gesellschafter/Anteilseigner zutreffenden Steuerprogressionssatz erreicht. Diese Regelung hielt die Bundesregierung im Anschluß an die „Brühler Empfehlungen“⁵⁵⁷ für zu kompliziert,

⁵⁵³ Vgl. z. Bsp. § 20 I Nr. 1 EStG.

⁵⁵⁴ *Nacke*, in: H/H/R EStG § 3 Nr. 40 Rn. 12.

⁵⁵⁵ Vgl. § 27 I KStG a.F. (i.d.F. der Bekanntmachung v. 22.04.1999 [BGBl. I, 1999, S. 461], geändert durch Steuerbereinigungsgesetz v. 22.12.1999 [BGBl. I, 1999, S. 2601], geä. d. Gesetz zur weiteren steuerlichen Förderung von Stiftungen v. 14.07.2000 [BGBl. I 2000, 1034]).

⁵⁵⁶ Vgl. §§ 20 I Nr. 3, 36 II Nr. 3 EStG a.F.

⁵⁵⁷ Bericht der Kommission zur Reform der Unternehmensbesteuerung: Brühler Empfehlungen.

mißbrauchsanfällig und nicht europatauglich⁵⁵⁸. Außerdem sollte der Wirtschaftsstandort Deutschland durch günstigere Besteuerung der Kapitalgesellschaften attraktiver gemacht werden, insbesondere weil das Anrechnungsverfahren nur für unbeschränkt steuerpflichtige Gesellschafter bzw. Anteilseigner galt.⁵⁵⁹

b) Das Halbeinkünfteverfahren

Die Neuregelung durch das Halbeinkünfteverfahren durch das Steuer-senkungsgesetz vom 23.10.2000⁵⁶⁰ beruht auf einer vollständigen Trennung der Besteuerung der Kapitalgesellschaft/Körperschaft und der Gesellschafter/Anteilseigner. Das nunmehr geltende Halbeinkünfte-verfahren ist ein klassisches Körperschaftsteuerverfahren mit definitiver Körperschaftsteuer, bei dem die Doppelbelastung typisierend durch eine ermäßigte Besteuerung auf der Ebene der Körperschaft und der Ebene des Gesellschafters vermieden wird.⁵⁶¹

aa) Die Besteuerung auf der Ebene der Körperschaft

Die Körperschaft bzw. Kapitalgesellschaft versteuert alle thesaurierten und ausgeschütteten Gewinne im Wege einer Definitivbesteuerung nur noch mit einem Körperschaftsteuersatz von 25 %, § 23 KStG (a.F.). Durch das Unternehmensteuerreformgesetz 2008⁵⁶² wurde dieser Körperschaftsteuersatz auf 15% herabgesetzt, § 23 I KStG n.F.

bb) Die Besteuerung auf der Ebene der Anteilseigner bzw. Gesell-schafter

Bei dem Gesellschafter bzw. Anteilseigner war die Besteuerung – abhängig von deren Rechtsform – jedoch unterschiedlich:

⁵⁵⁸ Brühler Empfehlungen, S. 45 ff.; BT-Drs. 14/2683, S. 94 f.

⁵⁵⁹ Brühler Empfehlungen, S. 47 f.; BT-Drs. 14/2683, S. 95 ff.

⁵⁶⁰ BGBl. I 2000, S. 1433.

⁵⁶¹ Erhard, in: Blümich EStG § 3 Rn. 506.

⁵⁶² Unternehmensteuerreformgesetz vom 14.08.2007, BGBl. I 2007, S. 1912 ff.; siehe auch: Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Entwurf eines Unternehmensteuerreformgesetzes 2008, BT-Drs. 16/4841 vom 27.03.2007.

(1) Kapitalgesellschaften als Gesellschafter

Bei Kapitalgesellschaften als Anteilseigner sind Gewinnübertragungen durch Ausschüttungen an andere Kapitalgesellschaften oder Anteilsveräußerung/Teilwertaufholung durch diese umfassend steuerfrei gestellt, § 8b KStG (a.F.). Neu war dabei, daß § 8b I KStG (a.F.) dabei als *lex specialis* zu § 3 Nr. 40 EStG (a.F.) i.V.m. § 8 I KStG (a.F.) ohne Rücksicht auf Beteiligungshöhe und Besitzzeit auch Ausschüttungen von ausländischen Kapitalgesellschaften und § 8b II KStG (a.F.) auch die Veräußerung inländischer Beteiligungen sowie Liquidationserlöse und – mit Einschränkungen – Teilwertaufholungsgewinne erfaßte.

(2) Natürliche Personen und Personengesellschaften als Gesellschafter

Natürliche Personen und Personengesellschaften bzw. deren Gesellschafter als Anteilseigner der Körperschaft bzw. Kapitalgesellschaft versteuern dagegen nach wie vor ihre Einkünfte aus Gewinnausschüttungen der Körperschaft bzw. Kapitalgesellschaft im Privat- oder Betriebsvermögen, jedoch nicht mehr voll, sondern gem. § 3 Nr. 40 EStG (a.F.) nur noch zur Hälfte. Die Anrechnung der seitens der Kapitalgesellschaft bzw. Körperschaft gezahlten Körperschaftsteuer auf die Einkommensteuer entfällt.

c) Kritik an dem Halbeinkünfteverfahren

Diese Systemänderung, mit der insgesamt eine durchschnittlich, pauschal ermittelte Einmalbesteuerung ausgeschütteter Gesellschaftsgewinne erreicht werden soll, als hätte der Gesellschafter bzw. Anteilseigner den Gewinn unmittelbar selbst erwirtschaftet, war und ist äußerst umstritten. Mit Recht wird die Ungleichbesteuerung der verschiedenen Einkunftsarten und des Gewinns der Kapitalgesellschaft gerügt, die beide einer sachlichen Rechtfertigung entbehren⁵⁶³.

⁵⁶³ Erhard, in: Blümich EStG § 3 Rn. 507.

Zum einen werden insbesondere durch § 8b KStG (a.F.) die Gewinne der Kapitalgesellschaften gegenüber den Gewinnen, die durch natürliche Personen und Personengesellschaften erzielt werden, welche bei weitem in der Überzahl sind und einen wesentlich größeren Anteil des inländischen Steueraufkommens erbringen benachteiligt⁵⁶⁴. Denn insbesondere klein- und mittelständische Unternehmen werden durch den wesentlich höheren Einkommensteuersatz von bis zu 42 % gegenüber dem im Vergleich hierzu geringen Körperschaftsteuersatz von (damals) 25% trotz Anrechnungsmöglichkeit der Gewerbesteuer nach § 35 EStG (a.F.) erheblich in ihrer Wettbewerbsfähigkeit benachteiligt. Daher verzerrt das Halbeinkünfteverfahren die damalige Rechtsformentscheidung, weil entnommene Gewinne eines Personenunternehmens und ausgeschüttete Gewinne einer Kapitalgesellschaft ungleich behandelt werden.⁵⁶⁵

Zum anderen werden darüber hinaus – abgesehen von der Freistellung von Kapitalgesellschaften als Gesellschafter der Körperschaft bzw. Kapitalgesellschaft nach § 8b KStG (a.F.) – durch die Halbbesteuerung einzelner Kapitaleinkünfte i.S.d. § 20 EStG, nämlich der Ausschüttungen von Körperschaften bzw. Kapitalgesellschaften an natürliche Personen nach dem Halbeinkünfteverfahren nach § 3 Nr. 40 EStG (a.F.), Steuerpflichtige mit einem Grenzsteuersatz von mehr als 40 % bevorzugt. Sie profitieren – ohne Progressionsvorbehalt – von dem Halbeinkünfteverfahren, während bei inländischen Geringverdienern und besserverdienenden Kleinanlegern im Rahmen der Sparer-Freibeträge (§ 20 IV EStG) nur die Körperschaftsteueranrechnung entfällt⁵⁶⁶.

Zudem ist schwer erklärbar, weshalb ein Gesellschafter mit anderen Zinseinkünften i.S.d. § 20 EStG über den Sparer-Freibetrag hinaus diese in doppelter Höhe versteuern soll wie entsprechende Dividenden,

⁵⁶⁴ *Heinicke*, in: Schmidt, EStG § 3 „Halbeinkünfteverfahren“.

⁵⁶⁵ Hey, Reform des Körperschaftsteuersystems, S. 12 f.

⁵⁶⁶ Maiterth/Semmler, BB 2000, 1377; Bergemann, DStR 2000, 1410.

zumal wenn die Dividenden trotz der Körperschaftsteuerbelastung eine höhere Rendite erbringen können, weil § 3 Nr. 40 EStG (a.F.) den Sparer-Freibetrag für Aktionäre praktisch verdoppelt. Daher verstößt das Halbeinkünfteverfahren u.a. auch gegen die Prinzipien der synthetischen Einkommensteuer, weil Beteiligungserträge im Vergleich zum bisherigen Anrechnungsverfahren anders besteuert werden als gleich hohe Einkünfte einer anderen Einkunftsart (und sogar innerhalb derselben Einkunftsart). Zudem wirkt das Halbeinkünfteverfahren nicht nur wegen der hälftigen Freistellung der Dividenden (Sondertarifwirkung) schedulär⁵⁶⁷, sondern auch wegen der Abzugsbeschränkung für Werbungskosten und Betriebsausgaben in § 3c II EStG (a.F.) und tangiert damit das objektive Nettoprinzip⁵⁶⁸. Ob diese unterschiedliche Besteuerung innerhalb einer Einkunftsart durch die beabsichtigte Steigerung der Attraktivität der Aktie gerechtfertigt ist, kann zweifelhaft erscheinen⁵⁶⁹.

Zudem hätte sich die Europatauglichkeit auch anders erreichen lassen, indem ausländische Anteilseigner in das (abgeschaffte) Anrechnungsverfahren einbezogen worden wären⁵⁷⁰. Schließlich war Deutschland mit dem Halbeinkünfteverfahren in Europa noch ziemlich isoliert. Ähnliche Systeme gab es bisher nur in Österreich und in Luxemburg.⁵⁷¹

2. Unternehmensteuerreform 2008: Die „Abgeltungssteuer“

a) Überblick über die Regelungen zur „Abgeltungssteuer“

Im Zuge der Unternehmensteuerreform 2008⁵⁷² wurde die Besteuerung von Kapitalvermögen auf der Ebene des Anteilseigners bzw. Gesellschafters erneut geändert. Unter Abkehr vom bis dahin geltenden

⁵⁶⁷ Hey, Reform des Körperschaftsteuersystems, S. 10.

⁵⁶⁸ Nacke, in: H/H/R EStG § 3 Nr. 40 Rn. 40.

⁵⁶⁹ Heinicke, in: Schmidt, EStG § 3 „Halbeinkünfteverfahren“.

⁵⁷⁰ Reiß, DStR 1999, 2011 (2014 f.); Spengel/Jaeger/Müller, IStR 2000, 257 (259).

⁵⁷¹ Bareis, StuW 2000, 133 (139); Sigloch, StuW 2000, 169 (175); Kaufmann/Gebhardt, GmbHR 2000, 1034.

⁵⁷² Unternehmensteuerreformgesetz vom 14.08.2007, BGBl. I 2007, S. 1912 ff.; siehe auch: Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Entwurf eines Unternehmensteuerreformgesetzes 2008, BT-Drs. 16/4841 vom 27.03.2007.

Halbeinkünfteverfahren⁵⁷³ wurde für Einkünfte aus Kapitalvermögen i.S.d. § 20 EStG, die dem Gläubiger (Steuerpflichtigen) nach dem 31.12.2008 zufließen⁵⁷⁴ die sog. „Abgeltungssteuer“ (vgl. § 32d EStG n.F.) eingeführt. In der Sache stellt die sog. „Abgeltungssteuer“ einen gesonderten, linearen Steuertarif (in Höhe von 25%, vgl. § 32d I 1 EStG) für die Einkünfte aus Kapitalvermögen dar, während es für die anderen sechs Einkunftsarten des § 2 I EStG für natürliche Personen bei dem allgemeinen, progressiven Einkommensteuertarif verbleibt. Damit wird das System der synthetischen Einkommensteuer aufgegeben und durch die Einführung einer dualen, schedularen Einkommensteuer für Einkünfte aus Kapitalvermögen ersetzt.

Die Steuererhebung für diese schedulare Einkommensteuer auf Einkünfte aus Kapitalvermögen i.S.d. § 20 EStG soll im Rahmen einer Quellensteuer, nämlich der Kapitalertragsteuer (§§ 43 ff. EStG) erfolgen. Dementsprechend wurde der Katalog des § 43 EStG erheblich ausgedehnt, so daß so weit wie möglich alle Formen von Kapitalerträgen durch diese Quellensteuer erfaßt werden. Die nach den §§ 43 ff. EStG einbehaltene Kapitalertragsteuer hat nach § 43 V 1 EStG grundsätzlich abgeltende Wirkung, was zur Bezeichnung der Kapitalertragsteuer allgemein als „Abgeltungssteuer“ geführt hat.⁵⁷⁵

Allerdings entfaltet die sog. „Abgeltungssteuer“ keine absolute, generelle Abgeltungswirkung. So unterfallen zum einen zwecks Vermeidung von Mißbrauchsfällen bzw. zur Abmilderung von Härten nach § 32d II EStG nicht alle Einkünfte aus Kapitalvermögen i.S.d. § 20 EStG dem gesonderten, abgeltend wirkenden Steuertarif des § 32d I 1 EStG, sondern sind (ausnahmsweise) nach dem allgemeinen progressiven Steuertarif des § 32a I EStG zu versteuern. Zum anderen sind in § 32d III, IV, VI EStG Fallgestaltungen geregelt, in denen Einkünfte aus Kapitalvermögen i.S.d. § 20 EStG (ausnahmsweise) im einkommensteuerrechtlichen Veranlagungsverfahren vom Steuerpflichtigen zu

⁵⁷³ Vgl. bereits oben, 4. Teil, Abschnitt C.II. 2. a)

⁵⁷⁴ Vgl. § 52a I EStG n.F.

⁵⁷⁵ Dabei hat der Begriff der „Abgeltungssteuer“ lediglich in § 52a EStG (n.F.) Erwähnung im Gesetz gefunden.

erklären sind bzw. erklärt werden können und teilweise die Veranlagung zum gesonderten Tarif nach § 32d I 1 EStG, teilweise aber auch zum progressiven Tarif des § 32a I 1 EStG angeordnet wird. Prägnantestes Beispiel hierfür ist die Möglichkeit nach § 32d VI EStG für Steuerpflichtige, deren persönlicher progressiver Einkommensteuersatz (unter Berücksichtigung der Einkünfte aus Kapitalvermögen i.S.d. § 20 EStG) unter 25% liegt, ihre Einkünfte aus Kapitalvermögen i.S.d. § 20 EStG im regulären einkommensteuerrechtlichen Veranlagungsverfahren zu erklären und dadurch auf Antrag ihrem niedrigeren persönlichen progressiven Einkommensteuersatz nach § 32a EStG zu unterwerfen (sog. „Günstigerprüfung“).

Zu berücksichtigen ist weiterhin, daß Einkünfte aus Kapitalvermögen gemäß § 20 VI EStG wegen der Einführung einer schedularen Einkommensteuer auf diese einen eigenständigen Verlustverrechnungskreis bilden. Dies bedeutet, daß nach § 20 VI 2 1. HS EStG Verluste aus Kapitalvermögen i.S.d. § 20 EStG nicht (mehr) mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten ausgeglichen werden dürfen. Darüber hinaus ist nach § 20 VI 2 2. HS EStG die allgemeine Verlustrücktragsmöglichkeit nach § 10d EStG ausgeschlossen worden, wodurch somit lediglich ein Vortrag nicht genutzter Verluste aus Kapitalvermögen in künftige Veranlagungszeiträume übrig bleibt. Allerdings besteht im Fall der Einbeziehung der Einkünfte aus Kapitalvermögen in die reguläre Einkommensteuerveranlagung nach § 32d III, IV, VI EStG weiterhin die Möglichkeit, positive Einkünfte aus Kapitalvermögen i.S.d. § 20 EStG mit Verlusten aus anderen Einkunftsarten des § 2 I EStG nach § 2 III EStG zu verrechnen (vertikaler Verlustausgleich) sowie im Wege des Verlustvortrags nach § 10d gesondert festgestellte Verluste aus anderen Einkunftsarten des § 2 I EStG aus zurückliegenden Veranlagungszeiträumen einkunftsartübergreifend in Abzug zu bringen, § 2 III, IV EStG i.V.m. § 10d II EStG⁵⁷⁶. Dies folgt auch insbesondere aus § 32d IV 3. Fallgruppe EStG sowie aus der im

⁵⁷⁶ Vgl. *Heinicke*, in: Schmidt, EStG § 10d Rn. 32.

Rahmen der „Günstigerprüfung“ nach § 32d VI 1 EStG erfolgenden Einbeziehung der Einkünfte auf Kapitalvermögen i.S.d. § 20 EStG in die reguläre Einkommensteuerveranlagung im Wege Hinzurechnung dieser Einkünfte zu den übrigen Einkünften des Steuerpflichtigen aus § 2 EStG.

Zu beachten ist aber, daß die zuvor dargestellten Grundsätze der sog. „Abgeltungssteuer“ lediglich für im *Privatvermögen* natürlicher Personen erzieltetes Einkommen aus Kapitalvermögen (vgl. § 20 EStG) gelten. Für im Rahmen des *Betriebsvermögens* erzielte „Kapitalerträge“, die wegen §§ 20 VIII, 43 V 2 EStG nicht den Einkünften aus Kapitalvermögen sondern insbesondere denen aus Gewerbebetrieb (§§ 2 I 1 Nr. 2, 15 EStG) oder aus selbständiger Arbeit (§§ 2 I 1 Nr. 3, 18 EStG) zuzurechnen sind, wurde das sog. „Teileinkünfteverfahren“ eingeführt, § 3 Nr. 40 S. 2 EStG i.V.m. § 20 VIII EStG. Derartige „Kapitalerträge“ bzw. „Kapitalverluste“ sind gemäß §§ 3 Nr. 40, 3c II EStG – wie bereits zuvor im Rahmen des sog. „Halbeinkünfteverfahrens“ – nunmehr (allerdings) im Rahmen des „Teileinkünfteverfahrens“ zu 60% als Betriebseinnahme bzw. Betriebsausgabe steuerbar.⁵⁷⁷

b) Kritik an der sog. „Abgeltungssteuer“

Der Einführung der sog. „Abgeltungssteuer“, genauer gesagt bzgl. der Einführung einer dualen Einkommensteuer mit einem gesonderten schedularen abgeltend wirkenden linearen Einkommensteuertarif durch §§ 32d, 43 V 1 EStG für Einkünfte aus Kapitalvermögen i.S.d. § 20 EStG wurden verfassungsrechtliche Bedenken entgegengebracht. Insbesondere soll sie das sich aus Art. 3 I GG abgeleitete Prinzip der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit verletzen.⁵⁷⁸ Wählt der Gesetzgeber für verschiedene Arten von Einkünften unterschiedliche Tarifverläufe, obwohl die Einkünfte nach der gesetzgeberischen Ausgangsentscheidung die gleiche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit repräsentieren, so muß die Ungleichbehandlung durch die unterschiedlichen

⁵⁷⁷ Vgl. hierzu: *Intemann*, in: Herrmann/Heuer/Raupach, Jahresband 2008 – Kurzkomentar Unternehmensteuerreform 2008, EStG § 3 Nr. 40 Rn. J07-1 ff.

⁵⁷⁸ Vgl. hierzu auch bereits oben, 3. Teil, Abschnitt A. III. 3.

Tarifverläufe besonderen Rechtfertigungsanforderungen genügen.⁵⁷⁹ So sollen die im Zusammenhang mit einer abgeltenden Quellenbesteuerung genannten Vereinfachungseffekte zur Rechtfertigung der sog. „Abgeltungssteuer“ fraglich sein.⁵⁸⁰

Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung⁵⁸¹ ausgeführt, daß für den Gesetzgeber ein grundsätzlich sehr weitgehender Spielraum für die Ausgestaltung des Steuerrechts im Einzelnen besteht, insbesondere solange die jeweilige konkrete Ausgestaltung in sich folgerichtig ist.⁵⁸² Weiterhin hat das Bundesverfassungsgericht⁵⁸³ betont, daß die Quellenbesteuerung ein geeignetes Mittel zur Einschränkung von Möglichkeiten zur Steuerverkürzung und damit zur Förderung der Belastungsgleichheit durch Vermeidung von Vollzugs- und Erhebungsdefiziten darstellt. Daher erscheint es unwahrscheinlich, daß das Bundesverfassungsgericht in der Schematisierung selbst einen Verstoß gegen das Gebot der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit sehen wird.⁵⁸⁴

Zudem wird dem Gebot der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit insbesondere dadurch Rechnung getragen, indem Steuerpflichtige, deren persönlicher progressiver Einkommensteuersatz unter 25% liegt, nach § 32d VI EStG die Möglichkeit eingeräumt wird, ihre Einkünfte aus Kapitalvermögen i.S.d. § 20 EStG im regulären einkommensteuerrechtlichen Veranlagungsverfahren zu erklären und

⁵⁷⁹ BVerfG, Beschluß v. 21.06.2006, Az. 2 BvL 2/99, NJW 2006, 2757 ff. (zu Berücksichtigung der Gewerbesteuerbelastung im Rahmen des § 32c EStG a.F. bei der Einkommensteuer). Vgl. hierzu auch bereits oben, 3. Teil, Abschnitt B. I. 2. b) bb) und c).

⁵⁸⁰ Hey, BB 2007, 1303 ff. (1307).

⁵⁸¹ Vgl. BVerfGE 13, 331 ff. (339 f., 347 f.); ferner: BVerfGE 24, 112 ff.; BVerfGE 25, 309 ff. (313); BVerfGE 26, 327 ff. (335); BVerfGE 93, 121; BVerfGE 93, 165; BVerfGE 101, 151 ff. (156 ff.); BVerfG, Beschluß v. 21.06.2006, Az. 2 BvL 2/99, NJW 2006, 2757 ff.; BVerfG, Beschluß vom 18.01.2006, Az. 2 BvR 2194/99, DStR 2006, 555 ff.

⁵⁸² Vgl. hierzu im Einzelnen bereits oben, 3. Teil, Abschnitt B. I., dort insbesondere Unterabschnitt 2. und Abschnitt B. II.

⁵⁸³ Vgl. BVerfGE 84, 239 ff. (282 f.) (Entscheidung zur Zinsbesteuerung) sowie BVerfGE 110, 94 ff. (113 f.) (zur Frage eines strukturellen Vollzugsdefizits bei der Durchsetzung des Steueranspruchs bei sog. Spekulationsgeschäften i.S.d. § 23 I 1 Nr. 1 lit. b EStG in der für den Veranlagungszeitraum 1997 geltenden Fassung).

⁵⁸⁴ Eckhoff, FR 2007, 989 ff. (996); *Baumgärtel/Lange*, in: Herrmann/Heuer/Raupach, Jahresband 2008 – Kurzkommentar Unternehmensteuerreform 2008, EStG § 32d Rn. J07-5.

auf Antrag dadurch ihrem niedrigeren persönlichen progressiven Einkommensteuersatz nach § 32a EStG zu unterwerfen (sog. „Günstigerprüfung“), wodurch unbilligen Härten entgegengewirkt werden kann.

Auch gegen die Ausgestaltung der sog. „Abgeltungssteuer“ im Einzelnen werden verfassungsrechtliche Bedenken erhoben. So wird insbesondere im Hinblick auf die Einführung eines eigenständigen Verlustverrechnungskreises unter Versagung der Möglichkeit des Verlustrücktrags für Einkünfte aus Kapitalvermögen (vgl. § 20 VI 2 EStG) Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit der „Abgeltungssteuer“ mit dem aus dem Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit abgeleiteten objektiven Nettoprinzip⁵⁸⁵ erhoben⁵⁸⁶. Dem wird in der Literatur⁵⁸⁷ jedoch entgegengehalten, daß die Einführung eines gesonderten Tarifs und damit einer schedularen Ertragsteuer auf Einkünfte aus Kapitalvermögen i.S.d. § 20 EStG die Einführung eines eigenständigen (abweichenden) Verlustverrechnungskreises für diese Einkünfte rechtfertigen könnten.

Weiterhin wird gegen die unterschiedliche Behandlung von im Privatvermögen (Abgeltungssteuer, §§ 20, 32d, 43 V 1 EStG und keine Anwendung des Teileinkünfteverfahrens, § 3 Nr. 40 S. 2 EStG i.V.m. § 20 VIII EStG) einerseits und im Betriebsvermögen (Teileinkünfteverfahren, §§ 3 Nr. 40, 3c II EStG i.V.m. §§ 3 Nr. 40 S. 2, 20 VIII EStG) andererseits erwirtschafteten Kapitalerträgen in Form von Dividendenausschüttungen von Kapitalgesellschaften bzw. Körperschaften verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf die Besteuerung nach dem Leistungsfähigkeitsgrundsatz erhoben⁵⁸⁸.

⁵⁸⁵ Vgl. hierzu: *Lang*, in: *Tikpe/Lang*, Steuerrecht § 9 Rn. 68 ff.

⁵⁸⁶ *Loos*, DB 2007, 704 ff. (705); *Oho/Hagen/Lenz*, DB 2007, 1322 ff. (1324).

⁵⁸⁷ *Stadler/Elser*, in: *Blumenberg/Benz*, Die Unternehmensteuerreform 2008, S. 52.

⁵⁸⁸ *Intemann*, DB 2007, 1658 ff. (1661); *Intemann*, in: *Herrmann/Heuer/Raupach*, Jahresband 2008 – Kurzkomentar Unternehmensteuerreform 2008, EStG § 3 Nr. 40 Rn. J07-9.

Dem wird jedoch in der Literatur⁵⁸⁹ entgegengehalten, daß diese differenzierte Behandlung gerade im Hinblick darauf, daß im Rahmen des Betriebsvermögens erwirtschaftete Kapitalerträge häufig mit Hilfe einer Fremdfinanzierung erworben seien und somit eine Differenzierung insbesondere im Hinblick auf die durch § 3c II EStG anteilig (zu 60%) erfolgende Erfassung der mit diesen Kapitalerträgen verbundenen (Schuldzins-)Aufwendungen geboten sei.

Insgesamt wird jedoch nach überwiegender Ansicht⁵⁹⁰ eine Abgeltungssteuer im Zusammenhang mit einer Quellensteuer auf die Einkünfte aus Kapitalvermögen gerade auch mit Blick auf die Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht zur Zinsbesteuerung⁵⁹¹ sowie zur Frage des Vorliegens eines strukturellen Vollzugsdefizits bei der Durchsetzung des Steueranspruchs bei sog. Spekulationsgeschäften i.S.d. § 23 I 1 Nr. 1 lit. b EStG in der für den Veranlagungszeitraum 1997 geltenden Fassung (sog. Tipke-Urteil)⁵⁹² als eine verfassungskonforme Regelungsmöglichkeit für den Gesetzgeber angesehen. Auch vermeide die formale Gleichbehandlung abgeltender Quellensteuern Diskriminierungen von In- und Ausländern und vereinfache so die Beachtung europarechtlicher Vorgaben.⁵⁹³

⁵⁸⁹ Eckhoff, FR 2007, 989 ff. (997).

⁵⁹⁰ *Jachmann*, Zur Vereinbarkeit einer Abgeltungssteuer mit dem deutschen Verfassungsrecht in: *Schick*, Veranlagung – Abgeltung – Steuerfreiheit, Besteuerung von Kapitalerträgen im Rechtsstaat, S. 15 ff.; Lang, BB 2006, 1769 ff (1773); Seiler, Besteuerung von Einkommen – Aufgaben, Wirkungen und europäische Herausforderungen – Gutachten F für den 66. Deutschen Juristentag, S. F29; Schenk/Brusch, DStR 2005, 1254 ff. (1256 ff.).

⁵⁹¹ BVerfGE 84, 239 ff. (282 f.).

⁵⁹² BVerfGE 110, 94 ff. (113 f.).

⁵⁹³ Seiler, Besteuerung von Einkommen – Aufgaben, Wirkungen und europäische Herausforderungen – Gutachten F für den 66. Deutschen Juristentag, S. F29 m.w.N.

III. Begriff der Gewinnausschüttung im US-amerikanischen Einkommensteuerrecht

Für das US-amerikanische Ertragsteuerrecht ist der Begriff „Dividende“ ein Begriff eigener Art, der in § 316 IRC gesondert definiert ist. Danach liegt eine Dividende für steuerrechtliche Gesichtspunkte vor, wenn die Gesellschaft eine Ausschüttung von Vermögen („*property*“) aus ihren (ausschüttungsfähigen) Erträgen bzw. Gewinnen („*earnings and profits*“), die nach dem 28. Februar 1913⁵⁹⁴ oder im laufenden Steuerjahr bzw. Veranlagungszeitraum gebildet wurden, § 316 (a) IRC. Dabei umfaßt der Begriff „Ausschüttung von Vermögen“ („*property*“) nach § 317 (a) IRC insbesondere Geld, Wertpapiere oder jegliche andere Vermögenswerte mit wirtschaftlichem Vorteil für die Anteilseigner, ausgenommen ihrer Gesellschaftsanteile.⁵⁹⁵ Insofern ist die steuerrechtliche Definition der Dividende im US-amerikanischen Recht völlig unabhängig von der gesellschaftsrechtlichen Charakterisierung von Gewinnausschüttungen einer Kapitalgesellschaft an ihre Anteilseigner. Somit kann durchaus steuerrechtlich eine Dividende vorliegen, obgleich derselbe Transaktionsvorgang nach US-amerikanischen Gesellschaftsrecht nicht als Dividendenausschüttung aufzufassen wäre, und umgekehrt.⁵⁹⁶

Die Dividendenausschüttung selbst stellt auf der Ebene der ausschüttenden Gesellschaft keine Betriebsausgabe dar und hat somit grundsätzlich keine Auswirkung auf die Gewinnermittlung der ausschüttenden Gesellschaft, § 311 (a) IRC i.V.m. §§ 316 (a), 317 (a) IRC.

⁵⁹⁴ Dieses Datum wurde deshalb festgelegt, weil zu diesem Zeitpunkt der 16. Verfassungszusatz zur Verfassung der USA in Kraft getreten ist, aufgrund dessen dem Kongreß die Befugnis gewährt wurde, eine Bundes-Ertragsteuer zu erheben. *Kahn/Lehman*, Corporate Income Taxation, S. 75, dort Fn. 29.

⁵⁹⁵ *Bittker/Eustice*, Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders, ¶ 8.01. Vgl. hierzu auch: *Anderson v. Commissioner of Internal Revenue*, 67 T.C. 522 (561-563).

⁵⁹⁶ *Kahn/Lehman*, Corporate Income Taxation, S. 65. *Bittker/Eustice*, Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders, ¶ 8.02 [1] m.w.N.

Für die Anteilseigner führt die Dividendenausschüttung nach § 301 (a), (c) (1) IRC grundsätzlich zu steuerbarem Einkommen, unabhängig davon, ob es sich bei ihm um eine natürliche Person, eine (Kapital-) Gesellschaft oder eine sonstige Rechtsform handelt.

Bis zum Jahr 2003 hatten natürliche Personen als Anteilseigner ihre Dividendenerträge grundsätzlich voll ihrer persönlichen Einkommensteuer zu unterwerfen, was zu einer (klassischen) Doppelbesteuerung dieser Erträge – einmal bzgl. der Ertragsbesteuerung auf Ebene der Kapitalgesellschaft und ein zweites Mal im Wege der Ertragsbesteuerung der Dividendenausschüttung beim Anteilseigner – führte.⁵⁹⁷ Ab dem Jahr 2003 wurde diese klassische Doppelbesteuerung durch die Bush-Regierung im Wege der Einführung eines reduzierten Steuersatzes nach § 1 (h) (11) IRC für bestimmte Dividendenerträge („*qualified dividend income*“), die von natürlichen Personen erzielt werden, gemildert.⁵⁹⁸

Ist der Anteilseigner an einer US-amerikanischen Körperschaft jedoch wiederum eine Körperschaft, so gewährt § 243 (a), (c) IRC dieser in Abhängigkeit von der Höhe ihrer Beteiligung an der ausschüttenden Körperschaft einen Abzug von ihrem Einkommen („*dividend-received deduction*“) in Höhe von grundsätzlich 70% oder 80% der ausgeschütteten Dividendenerträge. Dies führt im Ergebnis dazu, daß eine Körperschaft als Anteilseigner im US-amerikanischen Ertragsteuerrecht lediglich 20%-30% der Dividendenausschüttung ihrerseits als Kapitalertrag („*capital gain*“) der (erneuten) Ertragsbesteuerung unterwerfen muß.

Als „Dividenden“-Ausschüttung i.S.d. § 301 (a) (c) (1) IRC i.V.m. § 316 (a) IRC werden jedoch über den Fall der klassischen direkten Dividende hinaus auch anderweitige geldwerte Vorteile erfaßt (sog. „*constructive dividends*“), die (mittelbar) eine Körperschaft ihren Anteilseignern gewährt – selbst wenn dieser wirtschaftliche Vorteil den Anteilseignern

⁵⁹⁷ Lind/Schwarz/Lathrope/Rosenberg, Fundamentals of Corporate Taxation, S. 41 ff.

⁵⁹⁸ Lind/Schwarz/Lathrope/Rosenberg, Fundamentals of Corporate Taxation, S. 161 ff.

nicht in ihrer Eigenschaft als solche zukommt⁵⁹⁹. Dies kann etwa im Fall eines Verkaufs eines Unternehmensgrundstücks an einen Gesellschafter die Differenz zwischen dem Verkaufspreis und dem tatsächlichen (höheren) Marktpreis des Grundstücks sein⁶⁰⁰. Ebenso kann seit dem Jahr 1984 nach § 7872 IRC auch im Fall, daß ein Anteilseigner von der Körperschaft ein Darlehen mit einem Zinssatz unter aktuellem Marktniveau erhält, die Zinsdifferenz zwischen vereinbartem (niedrigeren) Zinssatz und dem angemessen aktuellen Marktzinssatz als Dividende i.S.d. § 301 (a) (c) (1) IRC i.V.m. § 316 (a) IRC zu erfassen sein.⁶⁰¹ Nach der früheren US-amerikanischen Rechtsprechung erzielte der Anteilseigner in derartigen Fällen, in denen ihm von der Körperschaft, an der er beteiligt war, ein zinsloses oder zinsgünstiges Darlehen gewährt wurde, keine (Dividenden-)Einkünfte in Höhe der Differenz zwischen vereinbartem Zins und aktuellem Marktzins. Denn die zinslose bzw. zinsgünstige Überlassung von rückzuzahlendem Darlehenskapital erfüllte nach Auffassung der US-amerikanischen Rechtsprechung nicht die Voraussetzungen der Dividenden-Definition des § 316 (a) IRC.⁶⁰²

IV. Stellungnahme

1. Eigenständige ertragsteuerrechtliche Dividenden-Definition

Eine eigenständige ertragsteuerliche Definition des Begriffs „Gewinnausschüttung“ bzw. „Dividende“ wie im US-amerikanischen Steuerrecht in § 316 (a) IRC, kann eine Möglichkeit darstellen, eine einheit-

⁵⁹⁹ *Bittker/Eustice*, Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders, ¶ 8.05 [1] m.w.N.

⁶⁰⁰ *Honigman v. Commissioner of Internal Revenue*, 466 F.2d 69 (6th Cir. 1972); *Brittingham v. Commissioner of Internal Revenue*, 66 T.C. 373 (409-411) (1976), affirmed, 598 F.2d 1375 (5th Cir. 1979).

⁶⁰¹ *Kahn/Lehman*, Corporate Income Taxation, S. 86 f.

⁶⁰² Vgl. hierzu z. Bsp.: *Dean v. Commissioner of Internal Revenue*, 35 T.C. 1083 (1961); *Suttle v. Commissioner of Internal Revenue*, 625 F.2d 1127 (4th Cir. 1980); *Beaton v. Commissioner of Internal Revenue*, 644 F.2d 315 (1st Cir. 1981); *Commissioner v. Greenspun*, 670 F.2d 123 (9th Cir. 1982); *Baker v. Commissioner of Internal Revenue*, 677 F.2d 11 (2nd Cir. 1982); *Hardee v. United States*, 708 F.2d 661 (Fed. Cir. 1983).

liche ertragsteuerliche begriffliche Ausgangsbasis zu schaffen, was eine Gewinnausschüttung ist und aus welchen Erträgen diese erfolgt bzw. ihr zugrunde liegen. Eine derartige eigenständige steuerrechtliche Definition des Begriffs der Gewinnausschüttung liegt insbesondere in solchen Fällen nahe, in denen ggf. eine divergierende (gesellschaftsrechtliche) Begriffsbestimmung bzw. -auffassung – auch im Hinblick darauf, aus welchen finanziellen Mitteln der Körperschaft die Dividendenausschüttung erfolgen soll – möglich ist, wie etwa in den einzelnen Bundesstaaten der USA mit ihrem teilweise unterschiedlichen gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen.⁶⁰³

Im Rahmen der derzeitigen deutschen Ertragsbesteuerung von Körperschaften bzw. Kapitalgesellschaften durch das Körperschaftsteuergesetz erfolgt eine klassische Anknüpfung hinsichtlich des Begriffs der Gewinnausschüttung bzw. Dividende an das deutsche Gesellschaftsrecht; insoweit liegt eine rechtsgebietsübergreifende, einheitliche Auffassung bzgl. des Begriffs der „Gewinnausschüttung“ bzw. „Dividende“ als Form der offenen Gewinnausschüttung vor.⁶⁰⁴ Insbesondere ist in diesem Zusammenhang für das Vorliegen einer (offenen) Gewinnausschüttung in Form einer Dividende ein gesellschaftsrechtlicher Gewinnverwendungsbeschluß erforderlich.⁶⁰⁵ Im Rahmen dieser partiellen Unternehmensbesteuerung wäre die Einführung eines eigenständigen ertragsteuerlichen Begriffs der „Gewinnausschüttung“ bzw. „Dividende“ nicht zwingend erforderlich, weil aufgrund der Anknüpfung an die Rechtsform des Unternehmens für die körperschaftsteuerliche Steuersubjektsbestimmung (vgl. § 1 I KStG) automatisch die zugrundeliegende deutsche gesellschaftsrechtliche Begriffsbestimmung der „Gewinnausschüttung“ auch für das Körperschaftsteuerrecht maßgeblich wird.

⁶⁰³ Vgl. hierzu etwa: 18 C.J.S. Corporations §§ 360, 361, 362.

⁶⁰⁴ *Rengers*, in: Blümich, KStG § 8 Rn. 190.

⁶⁰⁵ Vgl. etwa für die GmbH: § 29 I, II GmbHG und für die AG: § 174 AktG.

Eine andere Beurteilung kann jedoch erforderlich werden bei der Einführung einer einheitlichen Unternehmensbesteuerung mit einem einheitlichen Steuersubjekt, welches – unabhängig von der Anknüpfung an die gesellschaftsrechtliche Rechtsform, in der eine Gesellschaft betrieben wird – insbesondere Körperschaften und Personengesellschaften, aber auch solche Unternehmen mit Sitz in Deutschland, die in der von dem Gesellschaftsrecht eines anderen EU-Mitgliedsstaates bereitgestellten Rechtsform betrieben werden gleichermaßen erfaßt.⁶⁰⁶ Hier kann die Einführung eines eigenständigen steuerlichen Definition des Begriffs der „Gewinnausschüttung“ bzw. „Dividende“ – wie sie beispielsweise im US-amerikanischen Steuerrecht mit § 316 (a) IRC erfolgt ist – zur Sicherung des deutschen Steueraufkommens durchaus angezeigt sein. So wie die einzelnen souveränen EU-Mitgliedsstaaten die Möglichkeit haben, Gesellschaften gesellschaftsrechtlich unterschiedlich in Vergleich zur etablierten Gesellschaftsformen anderer EU-Mitgliedsstaaten auszugestalten⁶⁰⁷, so besteht auch die grundsätzliche Möglichkeit, daß Begriffe wie „Gewinnausschüttung“ bzw. „Dividende“ hinsichtlich ihres Inhalts und ihrer Voraussetzungen im Gesellschaftsrecht der einzelnen EU-Mitgliedsstaaten unterschiedlich aufgefaßt werden können.

Aufgrund der fortbestehenden völkerrechtlichen Souveränität der einzelnen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union⁶⁰⁸ hat der deutsche Gesetzgeber grundsätzlich keinen Einfluß darauf, wie die einzelnen EU-Mitgliedsstaaten etwa den Begriff der „Gewinnausschüttung“ bzw.

⁶⁰⁶ Vgl. hierzu bereits oben 4. Teil, Abschnitt A. III. 3., IV.

⁶⁰⁷ In diesem Zusammenhang ist etwa auf die britische LLP (vgl. United Kingdom Statute 2000 c 12 s 1 (2) sowie United Kingdom Statute 2000 c 12 Explnt Para 1 „Overview of the Limited Liability Partnership“) zu verweisen, die trotz zivilrechtlicher Haftungsbeschränkung und körperschaftlicher Strukturierung – was nach deutschen Gesellschaftsrecht für eine Personengesellschaft grundsätzlich wesensfremd wäre – trotzdem insbesondere steuerrechtlich als Personengesellschaft aufgefaßt wird. Vgl. hierzu bereits oben, 4. Teil, Abschnitt A. III. 3., IV.

⁶⁰⁸ Das BVerfG hat in seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des Zustimmungsgesetzes zum Maastrichter Vertrag die Europäische Union (EU) als einen „Staatenverbund“ bezeichnet (BVerfGE 89, 155 ff. [181 ff.]). Dieser Begriff ist zwar auf Kritik gestoßen, weil er konzeptuell bislang nicht durchformt sei und auch keine klaren Abgrenzungsmerkmale gegenüber den bereits anerkannten Formen der Zusammenarbeit von Staaten bietet. Allerdings ist dem BVerfG bei dieser Begriffswahl ersichtlich vor allem um die Herausstellung der Souveränität der intergouvernemental handelnden (Mitglieds-)Staaten wichtig gewesen (vgl. *Pechstein*, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 1 EUV Rn. 12).

„Dividende“ für eine von ihrer Rechtsordnung bereitgestellte Rechtsform für ein Unternehmen in gesellschaftsrechtlicher Hinsicht definieren. So wäre etwa denkbar, daß vom deutschen Gesellschaftsrecht abweichende Regelungen, etwa im Hinblick auf das Erfordernis des Vorliegens eines Gewinnverwendungsbeschlusses getroffen werden könnten. Dieser, von der ausländischen gesellschaftsrechtlichen Rechtsordnung vorgegebene Begriff der „Gewinnausschüttung“ bzw. „Dividende“ wäre bei einer einheitlichen Anknüpfung des (ertrags-)steuerrechtlichen an den gesellschaftsrechtlichen Begriffs der „Gewinnausschüttung“ bzw. „Dividende“ indirekt für das deutsche Ertragssteuerrecht bindend. Eine ähnliche Problematik aus der (indirekten) Wechselwirkung des Gesellschaftsrechts mit dem Steuerrecht ergab sich bereits über den Maßgeblichkeitsgrundsatz des § 5 I EStG i.V.m. den handels- bzw. gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung (GoB) im Hinblick auf (damals) unterschiedliche Rechnungslegungsstandards in den einzelnen EU-Mitgliedsstaaten.⁶⁰⁹

Zudem sieht insbesondere das EU-Recht – anders als in Art. 93 EG bei den indirekten Steuern – für die direkten Steuern wie etwa die Ertragssteuern keinen direkten Auftrag zur Harmonisierung vor. Auch hat der Europäische Rat auf Grundlage der allgemeinen Rechtsangleichungskompetenz des Art. 94 EG bisher erst rudimentäre Harmonisierungsaktivitäten hinsichtlich der direkten Steuern unternommen⁶¹⁰. Daher könnte die Einführung einer eigenständigen ertragsteuerlichen Definition des Begriffs „Gewinnausschüttung“ bzw. „Dividende“, wie sie etwa im US-amerikanischen Steuerrecht in § 316 (a) IRC erfolgt ist,

⁶⁰⁹ Vgl. hierzu: Weber-Grellet, Europäisches Steuerrecht, § 23 Rn. 48 ff.

⁶¹⁰ Vgl. *Kaman*, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 93 EGV Rn. 27. In diesem Zusammenhang sind im Hinblick auf die Harmonisierung der Körperschaftsbesteuerung internationaler Konzerne insbesondere zu nennen: die Fusionsrichtlinie (RL 90/434/EWG, ABl. 1990 L 225/1) betreffend Regelungen im Zusammenhang mit Umstrukturierungsmaßnahmen (sie ermöglicht grenzüberschreitende Umstrukturierungen ohne Aufdeckung stiller Reserven und der Besteuerung von Rückstellungen und Rücklagen sowie der Fortführung von Verlustvorträgen) sowie die Mutter-Tochter-Richtlinie (RL 90/435/EWG, ABl. 1990 L 225/6), die die Doppelbesteuerung bei grenzüberschreitenden Gewinnausschüttungen einer Kapital-Tochtergesellschaft an ihre Muttergesellschaft (bei einer Beteiligung von mindestens 25%) im Sitzstaat der Tochtergesellschaft beseitigt. Vgl. auch: Weber-Grellet, Europäisches Steuerrecht, § 23 Rn. 25 ff.

eine Möglichkeit darstellen, eine einheitliche ertragsteuerliche begriffliche Ausgangsbasis zu schaffen, was eine Gewinnausschüttung ist und aus welchen Erträgen diese erfolgt bzw. ihr zugrunde zu legen sind.⁶¹¹

Gleichzeitig könnten dadurch weiterhin momentane körperschaftsteuerliche Gewinnausschüttungsfiktionen in diesen einheitlichen ertragsteuerlichen Gewinnausschüttungs- bzw. Dividendenbegriff aufgenommen werden. So kann eine einer „klassischen“ Gewinnausschüttung wirtschaftlich vergleichbare Wirkung derart bewirkt werden, indem beispielsweise im Zusammenhang mit einer Kapitalherabsetzung gleichzeitig Gewinnrücklagen der Gesellschaft in Nennkapital umgewandelt werden. Derartige Gestaltungen machten etwa die Einführung des § 28 KStG und § 20 I Nr. 2 EStG erforderlich, um Lücken in der Besteuerung zu schließen.⁶¹²

2. „Constructive Dividends“ und verdeckte Gewinnausschüttungen

Eine einheitliche Ertragsbesteuerung von Unternehmen bzw. Gesellschaften sollte ebenfalls die Erfassung von einer „offenen“ Dividendenausschüttung vergleichbaren wirtschaftlichen Vorgängen gewährleisten.

Der im US-amerikanischen Ertragsteuerrecht gewählte Weg der Einbeziehung derartiger wirtschaftlicher Transaktionen in den eigenständigen ertragsteuerlichen Dividenden-Begriff des § 316 (a) IRC als „*constructiv dividend*“ ist vergleichbar mit dem derzeit im deutschen Körperschaftsteuerrecht beschrittenen Weg der „verdeckten Gewinnausschüttung“ (vGA), vgl. § 8 III 2 KStG, § 20 I Nr. 1 S. 2 EStG.

Der Begriff der „verdeckten Gewinnausschüttung“ ist in § 8 III 2 KStG nicht näher definiert. Gesellschaftsrechtlich kennt man im Zusammenhang mit § 29 GmbHG den Begriff der Verteilung von Gesellschaftsvermögen an die Gesellschafter außerhalb der Gewinnverteilung⁶¹³, der

⁶¹¹ Vgl. hierzu auch oben, 1. Teil.

⁶¹² Vgl. hierzu: *Danelsing*, in: Blümich, KStG § 28 Rn. 1 ff.

⁶¹³ *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG § 29 Rn. 68.

jedoch wegen der unterschiedlichen Zielrichtung mit dem steuerrechtlichen Begriff der „verdeckten Gewinnausschüttung“ i.S.d. § 8 III 2 KStG nicht identisch ist. Im Zusammenhang mit § 29 GmbHG liegt gesellschaftsrechtlich eine „verdeckte Gewinnausschüttung“ vor, wenn die Gesellschaft einzelnen oder allen Gesellschaftern außerhalb förmlicher Gewinnverteilung Leistungen aus dem Gesellschaftsvermögen ohne äquivalente Gegenleistung gewährt. So muß gesellschaftsrechtlich objektiv eine Vermögensänderung stattgefunden haben⁶¹⁴, während dies nach der steuerrechtlichen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zur vGA keineswegs zwingende Voraussetzung ist⁶¹⁵. Abweichend vom Steuerrecht ist auch auf den Gesellschafter-Bestand im Zeitpunkt der Erbringung der Leistung und nicht der zugrundeliegenden Vertragsabschlüsse abzustellen.⁶¹⁶ Außerdem wird der subjektiven Komponente handelsrechtlich bzw. gesellschaftsrechtlich eine stärkere Bedeutung beigemessen als dies im Steuerrecht geschieht. Abgesehen von dem strikten Verbot der „verdeckten Gewinnausschüttung“ für die Aktiengesellschaft durch §§ 57, 58 V AktG, wird für die GmbH gesellschaftsrechtlich im Zusammenhang mit § 29 GmbHG eine „verdeckte Gewinnausschüttung“ nach h.M. nicht notwendig für unzulässig erachtet.⁶¹⁷ Die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit beurteilt sich vielmehr einerseits unter Gläubigerschutzgesichtspunkten nach Grundsätzen der Kapitalerhöhung (vgl. § 30 GmbHG) und andererseits unter dem Gesichtspunkt des Verhältnisses der Gesellschafter untereinander unter den Aspekten der Gleichbehandlung, der Treuepflicht und der innergesellschaftlichen Kompetenzverteilung. Im Hinblick auf die Grundsätze der Kapitalerhaltung, § 30 GmbHG gilt, daß jede Leistung unter Beeinträchtigung des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Gesellschaftsvermögens unzulässig ist. Im Hinblick auf den gesellschaftsrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung gilt, daß eine „verdeckte Gewinnausschüttung“ gesellschaftsrechtlich allen Gesell-

⁶¹⁴ Vgl. z. Bsp. BGH, NJW 1987, 1194; BGHZ 31, 275 (Warenlieferung oder sonstige Leistungen an Gesellschafter unter Marktpreis bzw. zu Vorzugspreisen); BGHZ 111, 224 (überhöhtes Entgelt für Leistungen des Gesellschafter-Geschäftsführers).

⁶¹⁵ BFH, BStBl. II 1989, 475 und 631; BFH, BStBl. I 1997, 577; BFH, FR 1995, 833; BFH, BStBl. II 1993, 311.

⁶¹⁶ BGH, DStR 1996, 271.

⁶¹⁷ Vgl. Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG § 29 Rn. 71 ff. m.w.N.

schaftern gleichermaßen zu Gute kommen muß, aber eine abweichende Behandlung aufgrund gesonderter Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag grundsätzlich zulässig ist (z. Bsp. als Vorzugsrecht auf billigen Warenbezug von Gesellschaft). Ist eine „verdeckte Gewinnausschüttung“ gesellschaftsrechtlich unzulässig, hat dies folgende Folgen: ein Gesellschafterbeschuß, der Leistungen unter Verstoß gegen § 30 GmbHG vorsieht, ist gem. § 241 Nr. 2 AktG analog nichtig; Verstöße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz oder die Treuepflicht machen den Beschluß nur anfechtbar und nicht per se unwirksam; bei wirksamer Anfechtung kann Pflicht zur Gewährung der gleichen Leistung an übergangene Gesellschafter oder aber auch Rückzahlungspflicht nach Bereicherungsrecht (oder nach § 31 GmbHG) oder Schadenersatzpflicht (wenn Rückabwicklung nicht möglich ist) eintreten.⁶¹⁸

Eine „verdeckte Gewinnausschüttung“ im steuerrechtlichen Sinne des § 8 III 2 KStG ist jede Vermögensminderung bzw. verhinderte Vermögensmehrung, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlaßt ist, sich auf die Höhe des Einkommens auswirkt und in keinem Zusammenhang mit einer offenen Ausschüttung steht.⁶¹⁹ Dadurch sollen – ähnlich wie die Abgrenzung zwischen Betriebs- und Privatausgaben im allgemeinen Einkommensteuerrecht für natürliche Personen durch das Veranlassungsprinzip⁶²⁰ – durch das Gesellschaftsverhältnis veranlaßte (nicht betriebliche) Verringerungen des durch die Körperschaft erzielten Einkommens (§ 8 I KStG i.V.m. § 2 I KStG) verhindert werden, § 8 III 2 KStG. Auf der Ebene der Anteilseigner bzw. Gesellschafter sind „verdeckte Gewinnausschüttungen“ i.S.d. § 8 III 2 KStG nach § 20 I Nr. 1 S. 2 EStG im Rahmen der Einkünfte aus Kapitalvermögen den Dividenden, d.h. offenen Gewinnausschüttungen gleichgestellt.

Im Ergebnis wird damit über den Weg des in § 8 III 2 KStG gesondert eingeführten Begriffs der „verdeckten Gewinnausschüttung“ eine ver-

⁶¹⁸ Vgl. Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG § 29 Rn. 77 f.

⁶¹⁹ St. Rspr.: BFH, BStBl. II 1989, 632; BFH, BStBl. II 1989, 855; BFH, BStBl. II 1993, 311; BFH, BStBl. II 1994, 479; BFH, BStBl. II 1997, 577.

⁶²⁰ Vgl. Lang, in: Tikpe/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 230 ff.

gleichbare steuerliche Wirkung erzielt wie mit der US-amerikanischen Einbeziehung von „*constructive dividends*“ in den dortigen Dividenden-Begriff des § 316 (a) IRC.⁶²¹ Somit kommt man auch mit der Vorgehensweise im deutschen Ertragsteuerrecht⁶²² grundsätzlich zu einer vergleichbaren ertragsteuerlichen Behandlung von Einkünften aus der Beteiligung an Unternehmen, zumal einer Dividendenausschüttung vergleichbare wirtschaftliche Vorgänge nach § 8 III 2 KStG und § 20 I Nr. 1 S. 2 EStG als „verdeckte Gewinnausschüttung“ erfaßt werden.

3. Besteuerung von Gewinnausschüttungen von Unternehmen bei dem Anteilseigner

Die zuvor dargestellte Entwicklung der Besteuerung der von Gewinnausschüttungen aus der Beteiligung an einem Unternehmen im deutschen Ertragsteuerrecht angefangen von der klassischen ungeminderten Doppelbesteuerung mit Körperschaftsteuer und Einkommensteuer, über das Anrechnungsverfahren, das Halbeinkünfteverfahren bis schließlich zur aktuellen Abgeltungssteuer⁶²³ macht deutlich, daß eine vollständige Vermeidung einer (teilweisen) steuerlichen Mehrfachbelastung von Gewinnausschüttungen von Gesellschaften bei dem Anteilseigner nicht realisierbar ist. Dies gilt auch im Zusammenhang mit der Einführung einer einheitlichen, am Trennungsprinzip orientierten Unternehmensbesteuerung mit einem einheitlichen Steuersubjekt, welches – unabhängig von der Anknüpfung an die gesellschaftsrechtliche Rechtsform, in der eine Gesellschaft betrieben wird – insbesondere Körperschaften und Personengesellschaften, aber auch solche Unternehmen mit Sitz in Deutschland, die in der von dem Gesellschaftsrecht eines anderen EU-Mitgliedsstaates bereitgestellten Rechtsform betrieben werden gleichermaßen erfaßt.⁶²⁴

⁶²¹ Vgl. weiterführend zur vGA: *Rengers*, in: Blümich, KStG § 8 Rn. 220 ff., 370 ff.

⁶²² Vgl. bereits oben 4. Teil, Abschnitt C. II.

⁶²³ Vgl. hierzu bereits oben, 4. Teil, Abschnitt C. II.

⁶²⁴ Vgl. hierzu bereits oben, 4. Teil, Abschnitt A. III. 3., IV.

Wie zudem die rechtsvergleichende Betrachtung zeigt, findet auch im US-amerikanischen Steuerrecht für keine Anteilseigner (weder für Körperschaften noch für natürliche Personen) eine vollständige Beseitigung der Doppelbelastung von Dividendenausschüttungen von Körperschaften statt⁶²⁵.

Eine vollständige Vermeidung einer (teilweisen) steuerlichen Mehrfachbelastung von Gewinnausschüttungen von Gesellschaften wäre nur möglich, wenn diese – wie derzeit die Personengesellschaften – ertragsteuerlich als „transparent“ erachtet werden würden.⁶²⁶ Dies würde jedoch bereits der bisherigen ertragsteuerrechtlichen Behandlung im Rahmen einer partiellen Unternehmensbesteuerung⁶²⁷ widersprechen und darüber hinaus dem Grundsatz der Besteuerung nach der individuellen Leistungsfähigkeit nicht gerecht werden⁶²⁸. Insbesondere würde es zu einer Ungleichbehandlung der Gewinnausschüttungen (etwa in Form von Dividenden) als Kapitalerträge aus der Beteiligung an einer Gesellschaft im Hinblick zu den übrigen Einkünften aus Kapitalvermögen i.S.d. § 20 I EStG (etwa den Zinseinkünften, § 20 I Nr. 7 EStG) natürlicher Personen führen. Darüber hinaus ist eine ausschließliche und insgesamt einmalige Besteuerung von Gewinnen von Gesellschaften – etwa entsprechend einem Grundsatz der „Einmalbesteuerung“ – nicht verfassungsrechtlich geboten.⁶²⁹

Aufgrund der eigenständigen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der von Personen- und Kapitalgesellschaften betriebenen Unternehmen wäre eine einheitliche, rechtsformneutrale Ertragsbesteuerung von Unternehmen mit einheitlichem Steuersubjekt⁶³⁰ erforderlich. Dadurch könnten in der Konsequenz die Ausschüttungen bzw. Erträge aus der Beteiligung an Personen- wie Kapitalgesellschaften gleichermaßen steuerlich erfaßt werden, indem man sich in diesem Zusammenhang an

⁶²⁵ Vgl. hierzu bereits oben, 4. Teil, Abschnitt C. III.

⁶²⁶ Vgl. hierzu auch oben, 2. Teil, Abschnitt C. I.

⁶²⁷ Vgl. auch oben, 2. Teil, Abschnitt C. I., II., sowie 4. Teil A. I.

⁶²⁸ Vgl. auch oben, 3. Teil, Abschnitt A. III.

⁶²⁹ Vgl. hierzu ausführlich bereits oben, 3. Teil, Abschnitt B. II.

⁶³⁰ Vgl. hierzu bereits oben, 3. Teil, dort insbesondere Abschnitt A. IV und B. III. sowie 4. Teil, Abschnitt A.

den bisherigen zuvor dargestellten Besteuerungsgrundsätzen bzgl. der offenen und verdeckten Gewinnausschüttungen von Körperschaften orientiert. Auf diesem Wege wären zudem auch z. Bsp. die durch das Unternehmensteuerreformgesetz 2008⁶³¹ eingeführte Optionsmöglichkeit für Personengesellschaften zum Körperschaftsteuerrecht im Hinblick auf die steuerliche Behandlung von thesaurierten Gewinnen (§ 34a EStG n.F.) entbehrlich, weil dies in einem für Personen- und Kapitalgesellschaften einheitlich geltenden Ertragssteuerrecht geregelt werden könnte.⁶³²

Eine Quellensteuer mit abgeltender Wirkung, wie etwa die durch die Unternehmensteuerreform 2008 eingeführte sog. „Abgeltungssteuer“⁶³³ kann insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Sicherung einer gleichmäßigen und einheitlichen Steuererhebung und Vermeidung struktureller Vollzugsdefizite⁶³⁴ eine geeignete und praktische Möglichkeit zur Erhebung der Ertragsteuer auf Einkünfte aus Kapitalvermögen darstellen.⁶³⁵

⁶³¹ BGBl. I 2007, S. 1912 ff.

⁶³² Vgl. zu den Gründen der Ablehnung von Optionsmodellen im Ertragsteuerrecht bereits oben, 4. Teil, Abschnitt A. III. 2., IV.

⁶³³ Vgl. hierzu bereits oben, 4. Teil, Abschnitt C. II. 2.

⁶³⁴ Vgl. BVerfGE 84, 239 ff. (282 f.) (Entscheidung zur Zinsbesteuerung) sowie BVerfGE 110, 94 ff. (113 f.) (zur Frage eines strukturellen Vollzugsdefizits bei der Durchsetzung des Steueranspruchs bei sog. Spekulationsgeschäften i.S.d. § 23 I 1 Nr. 1 lit. b EStG in der für den Veranlagungszeitraum 1997 geltenden Fassung).

⁶³⁵ Vgl. auch: OECD Tax Policy Studies: Taxation of Capital Gains of Individuals, S. 104 ff.

V. Zusammenfassung

Die Einführung einer eigenständigen steuerrechtlichen Definition der „Gewinnausschüttung“ bzw. „Dividende“ einer Gesellschaft an seine Anteilseigner bzw. Gesellschafter kann eine Möglichkeit darstellen, eine einheitliche steuerliche Erfassung aller Gesellschaften, unabhängig in welcher Rechtsform sie betrieben werden in ein einheitliches Unternehmenssteuerrecht mit einheitlichem Steuersubjekt zu gewährleisten. Dies gilt auch im Hinblick auf die Einbeziehung von Gesellschaften mit Sitz im Inland in das nationale Unternehmenssteuerrecht, die in von Rechtsordnungen anderer EU-Mitgliedsstaaten angebotenen Gesellschaftsrechtsformen betrieben werden.

Es besteht die Möglichkeit, einer Dividendenausschüttung vergleichbare wirtschaftliche Vorgänge im Rahmen eines eigenständigen steuerrechtlichen Dividenden-Begriffs mitzuerfassen oder wie es derzeit in § 8 III 2 KStG und § 20 I Nr. 1 S. 2 EStG erfolgt, durch die Einführung eines gesonderten Begriffs der „verdeckten Gewinnausschüttung“ zu erfassen und der Dividende als „offene“ Gewinnausschüttung von den Rechtsfolgen beim Anteilseigner her gleichzubehandeln.

Eine Quellensteuer mit abgeltender Wirkung kann zur effizienten Besteuerung von Einkommen aus Kapitalvermögen geeignet sein.

5. Teil: FAZIT

Ein Festhalten an der bisherigen dualistischen Ertragsbesteuerung von Unternehmen mit der Differenzierung von Personengesellschaften einerseits und Körperschaften andererseits ist nicht mehr möglich. Dies macht besonders die derzeitige gesellschaftsrechtliche Entwicklung in der Europäischen Union mit den nun auch für Unternehmen mit Hauptsitz in Deutschland unter Geltung des Gründungsrechts zur Verfügung stehenden neuen Gesellschaftsrechtsformen anderer EU-Mitgliedsstaaten deutlich.

Eine rechtsvergleichende Betrachtung mit der Entwicklung steuerrechtlicher Rechtsordnungen anderer Nationen läßt vergleichbare Bestrebungen erkennen. Allerdings werden mitunter unterschiedliche Wege der Umsetzung gewählt. Die USA etwa streben seit langem an, steuerlicher Aspekte für die Wahl der Rechtsform, in der ein Unternehmen betrieben wird zu minimieren. Grundsätzlich halten sie zwar an der traditionellen dualistischen, durch das Transparenz- und Trennungsprinzip geprägten Unternehmensbesteuerung fest. Allerdings ermöglichen sie Gesellschaften in anderer Rechtsform als der der Körperschaft durch Einräumung sehr weitreichender steuerlicher Optionsmöglichkeiten dennoch die Ertragsbesteuerung „wie“ eine Körperschaft.

Eine homogene Lösung zur Erzielung einer rechtsformneutralen Besteuerung von Unternehmen könnte die Einführung einer generell einheitlichen Ertragsbesteuerung in der Form von Gesellschaften betriebener Unternehmen mit einem einheitlichen Steuersubjekt darstellen, welches insbesondere Körperschaften und Personengesellschaften aber auch Gesellschaften anderer Rechtsform gleichermaßen erfaßt.

Hinsichtlich der konkreten inhaltlichen Ausgestaltung dieser einheitlichen Unternehmensbesteuerung sollte jedoch soweit wie möglich auf bereits lang bewährte und etablierte Besteuerungsprinzipien und Besteuerungsmethoden, wie etwa hinsichtlich der Kapitalstruktur den Regelungen zur Unterkapitalisierung bzw. Gesellschafterfremdfinanzierung oder der Dividendenbesteuerung im Hinblick auf die steuerliche Erfassung von Einkünften aus der Beteiligung an Unternehmen zurückgegriffen werden.

Obgleich mitunter ein Spannungsverhältnis zwischen dem Interesse an der Sicherung des Steueraufkommens einerseits und der wirtschaftlichen unternehmerischen Entscheidungsfreiheit andererseits bestehen kann, sollten diese etablierten Besteuerungsmethoden dennoch so weit wie möglich mit den wirtschaftlichen Erfordernissen der Unternehmen in Einklang gebracht werden. Dadurch kann die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von Unternehmen optimiert werden, wovon in der Folge ebenfalls das gesamte Gemeinwesen profitieren kann.

-- ***Thesen zur Rechtfertigung einer einheitlichen Unternehmensbesteuerung (S. 1 - 28)***

1. Zwischen dem Steuerrecht in seiner originär fiskalischen Funktion, dem Staat Einnahmen zur Finanzierung seiner staatlichen Aufgaben zu verschaffen und unternehmerischen Entscheidungen besteht ein Spannungsverhältnis.

Unternehmen sind – nicht nur wegen des von ihnen erzielten finanziellen Umsatzes oder Gewinns – ein volkswirtschaftlich und steuerlich bedeutender Faktor. Denn sie geben Individuen Beschäftigung und sorgen damit auch für deren Erwerbseinkommen.

(S. 1 - 3)

2. Der grundlegende Ursprung der derzeitigen dualistischen Ertragsbesteuerung von Gesellschaften liegt in der rechtsgeschichtlichen Entwicklung.

Die dualistische Ertragsbesteuerung von Gesellschaften ist auf die zivilrechtliche Entstehung der Kapitalgesellschaften im Zuge der Industrialisierung des 19. Jahrhunderts bzw. beginnenden 20. Jahrhunderts zurückzuführen, an die das Körperschaftsteuergesetz als Steuersubjekt bis heute anknüpft.

(S. 4 - 8)

3. Die von der Rechtsprechung des RFH und BFH entwickelten Grundsätze der Besteuerung von Personengesellschaften nach dem Transparenz- und Trennungsprinzip und die daraus resultierende Nichterfassung der Personengesellschaften als eigenständiges Steuersubjekt im Ertragsteuerrecht ist abzulehnen, weil sie zu erheblichen systematischen Widersprüchen und Belastungsunterschieden bzgl. der Besteuerung von Unternehmen führt.

(S. 4 - 8 und S. 8 - 12)

4. Der Reformvorschlag Mitschkes zur Unternehmenssteuer, wonach eine eigenständige Ertragsbesteuerung von Gesellschaften grundsätzlich abzulehnen sei, weil sie lediglich „Einkommensintermediäre“ der natürlichen Personen seien, ist abzulehnen. Dies wird insbesondere dem Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nicht gerecht.

(S. 12 - 14)

5. Der Reformvorschlag von Kirchhof zur Unternehmenssteuer betreffend die Einführung einer neuen steuerrechtlichen Rechtsfigur der „steuerjuristischen Person“ ist abzulehnen. Dadurch wird die subjektive Steuerpflicht hinsichtlich der ertragsteuerlichen Erfassung von Unternehmen an eine weitere Fiktion angeknüpft. Dadurch wird zu einer weiteren Veruneinheitlichung und unnötigen Verkomplizierung der Rechtsordnung beigetragen.

(S. 15 - 16)

6. Reformvorschläge wie die „Flat-Tax“ oder die „Duale Einkommensteuer“ halten im Grunde an der bisherigen dualistischen Unternehmensbesteuerung fest und versuchen das daraus resultierende Spannungsverhältnis lediglich in Bezug auf die Angleichung der Steuersätze zu lösen. Die weiteren, sich aus einer dualistischen Unternehmensbesteuerung ergebenden Probleme (z. Bsp. Zuschnitt des Einkommensteuergesetzes auf natürliche Personen und nicht auf Gesellschaften; Fragen der Kapitalstruktur und Verlustverrechnung bzgl. Gesellschaften) werden dadurch jedoch nicht gelöst.

(S. 16 - 18)

7. Die „Ergiebigkeit“ einer Steuer vermag für sich allein nicht zur Rechtfertigung einer Unternehmensbesteuerung auszureichen. Denn eine Steuer ist per definitionem dazu bestimmt, dem Staat zu Einnahmen zu verhelfen, also „ergiebig“ zu sein.

(S. 24)

8. Der Theorienstreit zwischen „Separationstheorie“ und „Integrationstheorie“ einer Besteuerung von Unternehmen betrifft im Grunde (nur) die Frage der formalen, gesetzestechnischen Ausgestaltung einer Ertragsbesteuerung von Unternehmen (d.h. Eingliederung in ein „einheitliches“ Gesetz oder „mehrere“ Gesetze). Dies ist jedoch eher eine traditionelle Frage in Bezug auf die Strukturierung der (Gesamt-)Rechtsordnung.

(S. 25 - 26)

9. Die Integrationstheorie in Gestalt der sog. „Teilhabersteuer“ ist abzulehnen. Denn sie ist im Verhältnis zu von einem Einzelunternehmer betriebenen Unternehmungen bzw. wirtschaftlichen Betätigungen nicht mit den das Ertragsteuerrecht bestimmenden Realisations- und Zuflußprinzipien vereinbar.

(S. 26 - 28)

-- ***Thesen zum Leistungsfähigkeitsprinzip und der Ertragsbesteuerung von Unternehmen (S. 28 - 42)***

10. Von Gesellschaften betriebene Unternehmen besitzen eine eigenständige, nicht nur vorübergehende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit.

(S. 28 - 38)

- a) Die sog. „Opfertheorie“, wonach das Leistungsfähigkeitsprinzip nur auf natürliche Personen anzuwenden sei, weil nur sie ein (Vermögens-)„Opfer“ erbringen könnten, ist abzulehnen. Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Fähigkeit, Steuerleistungen aus dem Einkommen oder Gewinn erbringen zu können, ist auch auf in der Form von Gesellschaften betriebene Unternehmen anzuwenden.

(S. 28 - 30)

- b)** Die von Teilen der Literatur vertretene Ansicht, daß von Gesellschaften betriebene Unternehmen keine eigenständige Leistungsfähigkeit besäßen, sondern diese nur von ihren Anteilseignern ableiteten, ist abzulehnen.

(S. 30 - 31)

- c)** Die zivilrechtliche Haftungsbeschränkung bzgl. der Kapitalgesellschaften eignet sich nicht mehr zur Rechtfertigung einer lediglich partiellen (auf Kapitalgesellschaften bezogenen) Unternehmensbesteuerung. Denn sie hat keinen Einfluß auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der von Gesellschaften betriebenen Unternehmen.

(S. 31 - 32)

- d)** Die rechtliche Verselbständigung der Kapitalgesellschaften in Form der juristischen Person eignet sich ebenfalls nicht mehr als Rechtfertigungskriterium einer lediglich partiellen Unternehmensbesteuerung von Körperschaften.

Als Versuch der Überwindung der bisherigen partiellen Unternehmensbesteuerung wurde etwa die Rechtsform der GmbH & Co. KG geschaffen.

(S. 32 - 33)

- e)** Die Theorie vom „wirtschaftlichen Eigentum der Anteilseigner“ kann die Einführung einer einheitlichen Unternehmensbesteuerung nicht entkräften. Von Gesellschaften betriebene Unternehmen sind nicht nur formal vom Anteilseigner getrennt, sondern auch wirtschaftlich selbständig.

(S. 32 - 37)

- f) (Einzel-)Unternehmerische Betätigungen natürlicher Personen bilden nur die Leistungsfähigkeit der natürlichen Person ab. Daher sind sie nicht in eine eigenständige Ertragsbesteuerung von Gesellschaften betriebener Unternehmen einzubeziehen.

(S. 38 - 39)

11. Kein Rückgriff auf das Äquivalenzprinzip bzw. „Assekuranz- oder Vertragstheorie“ zur Rechtfertigung einer eigenständigen Ertragsbesteuerung von Gesellschaften betriebener Unternehmen.

Jede erwerbswirtschaftliche Tätigkeit – nicht nur die in der Form von Gesellschaften – „profitiert“ von der Bereitstellung öffentlicher Güter. Denn letztlich legt der Staat die rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen fest, aufgrund derer sowohl natürliche Personen als auch Gesellschaften ihre Einkünfte erzielen können. Zudem werden Steuern ohne Anspruch auf eine Gegenleistung erbracht, vgl. § 3 I AO.

(S. 39 - 40)

-- ***Thesen zur Rechtsformneutralität und der Ertragsbesteuerung von Unternehmen (S. 43 - 64)***

- 12.** Die Forderung nach Rechtsformneutralität ist nur ein Element in einer Vielzahl von Neutralitätspostulaten. Neutralitätspostulate als solche – wie die Forderung nach Finanzierungsneutralität, Allokations- bzw. Verwendungsneutralität oder Wettbewerbsneutralität – bewirken nicht per se ein leistungsfähiges Unternehmenssteuerrecht.

Die Ausgestaltung einer eigenständigen Ertragsbesteuerung von in Form von Gesellschaften betriebener Unternehmen – unabhängig davon, welche Rechtsform für die Gesellschaft gewählt wird – muß sich an dem Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit orientieren.

(S. 43 - 56)

- a)** Die Forderung nach Rechtsformneutralität ist ein Untergesichtspunkt einer an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit orientierten Besteuerung von Unternehmen.

(S. 43 - 47 und 52 - 56)

- b)** Die Schwarzwaldklinik-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 101, 151 ff.) kann nicht zu einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung einer rechtsformneutralen Ertragsbesteuerung von Unternehmen herangezogen werden.

(S. 50 - 52 und 52 - 56)

- c) Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der Berücksichtigung der Gewerbesteuer durch die Tarifbegrenzung des § 32c EStG a.F. (BVerfG, Beschluß vom 21.06.2006, Az.: 2 BvL 2/99, NJW 2006, S. 2757 ff.) steht einer rechtsformneutralen und einheitlichen Ausgestaltung einer Ertragsbesteuerung von Unternehmen nicht entgegen.

Denn die Entscheidung betrifft nur die derzeit geltende dualistische Ausgestaltung der Ertragsbesteuerung von Unternehmen unter dem Gesichtspunkt der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die folgerichtige Umsetzung der vom Gesetzgeber einmal getroffenen Belastungsgrundentscheidungen.

(S. 51 - 52 und 52 - 56)

13. Unter dem Gesichtspunkt des verfassungsrechtlichen Prinzips der eigentumsschonenden Besteuerung ist der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, DStR 2006, S. 555 ff.) zu folgen, wonach ein „absoluter Halbteilungsgrundsatz“ im Ertragsteuerrecht verfassungsrechtlich nicht ableitbar ist und im Zusammenhang mit der Frage, wann eine Steuer „erdrosselnd“ wirkt, eine Einzelfallbetrachtung geboten ist.

(S. 57 - 61)

-- *Thesen zu den praktischen Anforderungen an ein Ertragssteuerrecht für Unternehmen (S. 65 - 162)*

- 14.** Die Möglichkeit, eine einheitliche Unternehmensbesteuerung durch Einräumung steuerlicher Wahl- bzw. Optionsrechte etwa bzgl. der Anwendung der für Körperschaften geltenden Besteuerungsgrundsätze auf Personengesellschaften unter grundsätzlichem Festhalten an einer dualistischen, am Transparenz- und Trennungsprinzip orientierten (partiellen) Unternehmensbesteuerung ist abzulehnen. Sie können zwar mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit und Gleichmäßigkeit der Besteuerung vereinbar sein, tragen jedoch nicht zur Steuervereinfachung bei.

(S. 65 - 87 und insbesondere S. 77 - 82)

- 15.** Eine homogene Lösung für eine einheitliche Unternehmensbesteuerung sollte durch die Einführung eines einheitlichen Steuersubjekts erfolgen. Dieses sollte alle in der Form von Gesellschaften betriebene Unternehmen, unabhängig von der Rechtsform, die für die Gesellschaft gewählt wird, erfassen. Dies ist insbesondere erforderlich aufgrund der sich aus dem Europarecht ergebenden Freiheit zur Wahl von Gesellschaftsformen, die Rechtsordnungen anderer EU-Mitgliedsstaaten bereithalten.

(S. 65 - 87 und insbesondere S. 82 - 88)

- 16.** Unternehmen bzw. Gesellschaften haben vielfältige Möglichkeiten zur Kapitalaufbringung und Kapitalstrukturierung. Insbesondere können sie sich auch neuer Finanzinstrumente wie den Derivaten bedienen. Diese Möglichkeiten der Kapitalaufbringung stehen in einer Wechselwirkung insbesondere zu einer dualistischen, am Transparenz- und Trennungsprinzip orientierten (partiellen) Unternehmensbesteuerung („Debt versus Equity“).

(S. 89 - 113)

- 17.** Die Einführung einer allgemeinen ertragsteuerlichen Abgrenzungsvorschrift in Bezug auf die Frage, was (steuerlich) als „Fremd-“kapital und was als „Eigen-“kapital eines Unternehmens aufzufassen ist, kann grundsätzlich eine Möglichkeit darstellen, die ertragsteuerlichen Auswirkungen von „Debt versus Equity“ zu begrenzen. Sie erscheint jedoch insbesondere wegen der Vielzahl von Finanzierungsformen zum einen gesetzestechnisch äußerst schwierig umsetzbar. Zudem kann sie unter dem Gesichtspunkt der Planungssicherheit die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit von Unternehmen zu sehr einschränken.

(S. 102 - 108)

- 18.** Etablierte Regeln zur Unterkapitalisierung und Gesellschafter-Fremdfinanzierung können auch im Rahmen einer einheitlichen Unternehmensbesteuerung mit einheitlichem Steuersubjekt nicht nur in steuerrechtlicher Hinsicht sondern auch in Bezug auf den generellen wirtschaftlichen (Fort-)Bestand eines Unternehmens sinnvoll sein.

(S. 108 - 134)

-- **Thesen zur Zinsschranke, § 4h EStG n.F., § 8a KStG n.F.**
(S. 109 - 132)

- 19.** Die Abkehr von den „klassischen“ Regelungen zur Unterkapitalisierung und Gesellschafter-Fremdfinanzierung hin zur Zinsschrankenregelung des § 4h EStG, § 8a KStG durch die Unternehmenssteuerreform 2008 ist verfassungsrechtlich insbesondere wegen einer möglichen endgültigen Versagung des Schuldzinsenabzugs im Hinblick auf das objektive Nettoprinzip und Art. 14 I GG problematisch. Eine Lösung könnte die Einführung eines „safe harbors“ bzgl. einer bestimmten Fremd- zu Eigenkapitalquote als Grenzwert für das generelle Eingreifen des § 4h EStG, § 8a KStG darstellen.

(S. 109 - 116)

- 20.** Der „Betrieb“ als Ausgangspunkt für die Zinsschrankenregelungen des § 4h EStG ist in Bezug auf das Ertragsteuerrecht unsystematisch und führt zu widersprüchlichen Resultaten insbesondere hinsichtlich der Behandlung von Personengesellschaften und deren Gewinnermittlungsweise.

Die Einführung einer einheitlichen Unternehmensbesteuerung mit einheitlichem Steuersubjekt könnte einen diesbezüglichen Lösungsansatz darstellen.

(S. 116 - 120 und S. 129 - 134)

- 21.** Die Anknüpfung der Zinsschrankenregelung des § 4h EStG, § 8a KStG an einen „Zins“-aufwand bzw. -ertrag führt ebenfalls zu widersprüchlichen, mitunter unsystematischen Resultaten in der Ertragsbesteuerung.

(S. 120 - 128 und S. 129 - 134)

- a)** Dies kann insbesondere im Zusammenhang mit den Einkünften bzw. Aufwendungen aus Leasingverträgen verdeutlicht werden.

(S. 122 - 125 und S. 129 - 134)

- b)** Zudem können derivative Finanzinstrumente von dem „Zins“-Begriff der Zinsschrankenregelung unzutreffend ertragsteuerlich behandelt werden.

(S. 125 - 129 und S. 129 - 134)

- c)** Schließlich wird die Anknüpfung an den „Zins“-Begriff im Rahmen der Zinsschranke den wirtschaftlichen Strukturierungsmöglichkeiten von Unternehmensvorgängen nicht gerecht.

(S. 129 - 134)

-- *Thesen zur ertragsteuerlichen Behandlung von Einkünften aus der Beteiligung an Unternehmen (S. 135 - 162)*

- 22.** Im Rahmen einer einheitlichen Unternehmensbesteuerung mit einheitlichem Steuersubjekt kann die Einführung einer eigenständigen steuerrechtlichen Definition der „Gewinnausschüttung“ bzw. „Dividende“ sinnvoll sein. Dies kann – gerade auch im Hinblick auf die Einbeziehung von Gesellschaftsrechtsformen anderer Staaten, die inländischen Unternehmen zur Verfügung stehen – zur Rechtsklarheit und Sicherung des inländischen Steueraufkommens beitragen.

(S. 135 ff. und insbesondere S. 148- 157)

- 23.** Einkünfte aus der Beteiligung von Unternehmen sollten grundsätzlich der Ertragsbesteuerung unterliegen. Dies kann zu einer (teilweisen) steuerlichen Mehrfachbelastung dieser Einkünfte führen. Allerdings würde eine Nichtbesteuerung von Erträgen aus der Beteiligung an Unternehmen bei dem Anteilseigner eine Ungleichbehandlung gegenüber der Besteuerung anderer Formen von Kapitaleinkünften (etwa der Zinserträge) darstellen.
- Eine Quellensteuer mit (teilweise) abgeltender Wirkung auf die Einkünfte aus Kapitalvermögen kann eine geeignete und praktikable Möglichkeit zur Steuererhebung darstellen.

(S. 135 ff. sowie insbesondere S. 135 - 147 und S. 157 - 160)

- 24.** Die Einführung eines gesonderten Verlustverrechnungskreises für die Einkünfte aus Kapitalvermögen i.S.d. § 20 EStG kann durch die Einführung einer schedularen Quellensteuer mit abgeltender Wirkung auf diese Einkünfte rechtfertigbar sein. Denn dadurch wurden diese Einkünfte aus Kapitalvermögen i.S.d. § 20 EStG grundsätzlich aus der Einkommensteuer ausgegliedert; insoweit wurde der Grundsatz der synthetischen Einkommensteuer (partiell) aufgegeben.

(S. 141 - 147 und S. 157 - 160)